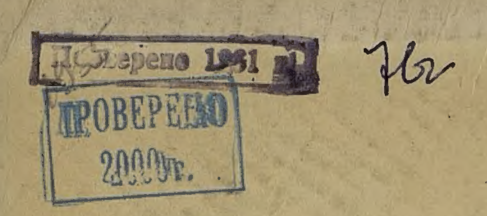


М. ВОЛЬФ

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО



13 8				
10-2156				



Государственное издательство

иностранной

литературы

*

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

by

M. WOLFF

Oxford University Press

1945

М. ВОЛЬФ

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Перевод с английского
С. М. РАПОПОРТ

Под редакцией и с предисловием
проф. Л. А. ЛУНЦ



1948
Государственное издательство
ИНОСТРАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ
Москва

ПРЕДИСЛОВИЕ

В нашей юридической литературе указывалось на то, что советская доктрина международного частного права направлена на «правовое оформление деловых гражданско-правовых связей СССР с другими странами»[1].

Такое понимание целей международного частного права вытекает из тех задач СССР в области внешней политики, которые неоднократно были формулированы руководителями партии и правительства.

В беседе с деятелем республиканской партии США Гарольдом Стассеном (9 апреля 1947 г.) товарищ Сталин по вопросу

ОПЕЧАТКИ

Страница	Строка	Напечатано	Следует читать
87	15 снизу	повестку[4].	повестку»[4].
127	7 »	Это число	Это чисто
147	3 »	p. 136, note 2.	стр. 155, прим. 3.
203	1 »	выше, § 70.	выше, § 170.
205	22 сверху	порядок[2].	порядок[3].

Зак. 382

...нализированных предприятий или национализированное имущество, то он признается собственником этих товаров, и в этом положении содержится частичное признание советских законов о национализации»[3]. Но «иначе обстоит дело, если речь

---

[1] *И. С. Перетерский*, Система международного частного права, в журнале «Советское государство и право», 1946 г., № 8—9, стр. 29.

[2] «Правда», 8 мая 1947 г.

[3] *И. С. Перетерский*, Борьба СССР за равноправие двух систем собственности в международных отношениях. (Ученые записки Академии общественных наук, Вып. I, 1947 г., стр. 135.)

ПРЕДИСЛОВИЕ

В нашей юридической литературе указывалось на то, что советская доктрина международного частного права направлена на «правовое оформление деловых гражданско-правовых связей СССР с другими странами»[1].

Такое понимание целей международного частного права вытекает из тех задач СССР в области внешней политики, которые неоднократно были формулированы руководителями партии и правительства.

В беседе с деятелем республиканской партии США Гарольдом Стасееном (9 апреля 1947 г.) товарищ Сталин по вопросу о возможности сотрудничества между двумя экономическими системами—социалистической и капиталистической—разъяснил, что «они, конечно, могут сотрудничать друг с другом. Для сотрудничества не требуется, чтобы народы имели одинаковую систему. Нужно уважать системы, одобренные народом. Только при этом условии возможно сотрудничество»[2].

Но если признание у нас прав, возникших под действием иностранных законов, является одним из средств правового оформления наших деловых связей с заграницей, то такое признание предполагает взаимность: оно может достигнуть цели лишь при условии признания за границей прав, возникших под действием советского закона. Совершенно недопустимо явление, когда буржуазные суды ограничивают действие своих коллизионных норм для тех случаев, когда эти нормы отсылают к некоторым законам СССР. «В настоящее время может считаться твердо установленным повсеместно, что если Советский Союз вывозит за границу продукцию национализированных предприятий или национализированное имущество, то он признается собственником этих товаров, и в этом положении содержится частичное признание советских законов о национализации»[3]. Но «иначе обстоит дело, если речь

---

[1] *И. С. Перетерский*, Система международного частного права, в журнале «Советское государство и право», 1946 г., № 8—9, стр. 29.

[2] «Правда», 8 мая 1947 г.

[3] *И. С. Перетерский*, Борьба СССР за равноправие двух систем собственности в международных отношениях. (Ученые записки Академии общественных наук, Вып. I, 1947 г., стр. 135.)

идет о признании права собственности СССР на имущество национализированных предприятий, находившееся в момент национализации за границей»[1].

Существует повсеместно признанный принцип международного частного права, по которому правовое положение иностранных юридических лиц определяется по национальному их закону. Исходя из этого коллизионного принципа, британские суды, например, обязаны признавать экстерриториальное действие советской национализации, т. е. право собственности Советского правительства на лондонские отделения дореволюционных русских частных банков, на находящееся в Англии имущество национализированных русских предприятий и т. д. Но суды Англии и ряда других стран не сделали этого прямого вывода; поэтому «мы должны констатировать, что право собственности Союза ССР на национализированное имущество, находившееся в момент национализации за границей, еще не получило надлежащей защиты..»[2] Для того, чтобы «обосновать» подобного рода ограничение действия общепризнанных начал международного частного права, некоторые из наиболее реакционных буржуазных авторов выдвигают концепции, которые по существу—в современных условиях сосуществования двух систем собственности—сводят на-нет всю область международного частного права. Я имею в виду прежде всего французского коллизиониста Нибуайе[3], который договорился до того, что признание действия иностранного права якобы вообще имеет своей предпосылкой «некоторый минимум сходства иностранного закона с законом суда»[4]; при отсутствии такого сходства иностранное право якобы вообще не должно быть признаваемо. В качестве «примера» таких «не подлежащих признанию» иностранных законов Нибуайе ссылается на «национализацию русских обществ».

Но международное частное право, вопреки Нибуайе и некоторым его сторонникам, вообще никогда не исходило и не может исходить из одинаковости или «минимума сходства» законов различных стран, ибо коллизионные нормы имеют своей предпосылкой как раз противоположное явление—несходство в праве различных стран. Эти «теории», превращающие оговорку о публичном порядке из исключения во всеобщее правило, в нынешних условиях сосуществования на земном

---

[1] *И. С. Перетерский*, Борьба СССР за равноправие двух систем собственности в международных отношениях. (Ученые записки Академии общественных наук, Вып. I, 1947 г., стр. 135.)

[2] *Там же.*

[3] *Niboyet*, Traité de droit international privé français, 1944 t. III.

[4] Ibid., t. III, §§ 1022, 1034.

шаре социалистической и капиталистической систем собственности направлены на подрыв самых основ мирного делового общения между этими двумя системами.

Безусловное признание нашей национализации, нашей социалистической государственной монополии внешней торговли, основ нашего социалистического строя находит свое отражение во всех договорах, заключаемых СССР с иностранными государствами.

Ясно, что зарубежные доктрины и практика в сфере международного частного права вообще должны быть нами внимательно изучаемы и что такое изучение имеет для нас практический интерес.

Надлежащее исследование этих доктрин и этой практики возможно вообще лишь на основе марксистско-ленинского учения о государстве и праве. Необходимо, в частности, обнаружить, какие классовые интересы обслуживаются зарубежными доктринами и практикой международного частного права, уяснить, как в теории и практике международного частного права получает отражение политика правящей буржуазии, показать, что пышные фразы о справедливости, гармонии и публичном порядке маскируют интересы денежного мешка. В нашей литературе по вопросам международного частного права имеются работы, посвященные иностранному коллизионному праву. Продолжение систематического изучения с марксистско-ленинских позиций зарубежной практики в этой области остается одной из актуальных задач. Для этого необходимо, конечно, дальнейшее всестороннее ознакомление с зарубежным материалом в сфере международного частного права—в частности с судебными решениями—и критическое изучение новейшей буржуазной литературы в этой области.

Настоящая книга представляет собой перевод курса профессора Мартина Вольфа по международному частному праву, вышедшего в 1945 г. в издании Oxford University Press. Курс этот принадлежит, несомненно, к наиболее полным систематическим исследованиям международного частного права, появившимся за границей за последние 25—30 лет.

Автор этого курса—бывший профессор Берлинского университета, известный своими трудами в области германского гражданского, торгового и коллизионного права. После захвата власти в Германии гитлеровцами Вольф переехал в Англию, где и написал настоящее исследование.

Оно посвящено в основном английскому праву, но по всем вопросам дан сравнительный правовой анализ законов, судебных решений и доктрин США, Германии, Франции и других стран.

Англо-американские коллизионные доктрины, составляющие основной предмет изучения в книге Вольфа, подвергаются автором критике с позиций более близких для него континентальных правовых концепций. Это, разумеется, не вскрывает социально-экономической и политической сущности тех и других доктрин, но это способствует их довольно детальному изложению.

Книга, помимо воли автора, дает богатый материал для того, чтобы охарактеризовать англо-американскую доктрину международного частного права как типичную буржуазную теорию эпохи империализма. Говоря об особенностях англо-американских коллизионных доктрин, надо иметь в виду, что они вытекают из общих свойств «common law» («общего права»), действующего в Англии, США и британских доминионах. Основным источником права здесь является судебный прецедент, т. е. правовое начало, выраженное хотя бы в одном только судебном решении и служащее основанием этого решения (а не являющееся лишь «попутно высказанным»). Такое правовое начало считается обязательным для судов низших инстанций (по мнению некоторых—и для судов равной инстанции) по всем делам со сходным фактическим составом.

Система прецедентов складывалась в Англии в течение веков, но современная ее концепция, формулированная выше, сложилась только в первой трети XIX в., когда параллельно с расширением избирательного права возникает стремление расширить роль суда в создании норм действующего права. Система прецедентов есть способ создания норм от случая к случаю, помимо парламента.

Сложный и путаный процесс возникновения норм «общего права» через судебный прецедент, необходимость в отдельных случаях выводить эти нормы из массы подчас противоречивых судебных дел—все это сообщает «общему праву» те свойства неопределенности и сомнительности, на которые в свое время обращал внимание Энгельс[1].

Это состояние источников права обеспечивает для судов в Англии и США большую свободу усмотрения; оно освобождает эти суды от связанности твердыми нормами закона, ибо суд здесь сам устанавливает ту норму, которую он же и применяет[2].

Новейшее течение в англо-американском праве характеризуется ростом деятельности парламента — расширением сферы

---

[1] См. *Маркс и Энгельс*, Соч , т. II, стр. 387.

[2] Характеристику источников «общего права» см. в статье Б. С. Никифорова «Юридические источники уголовного права США», в журнале «Советское государство и право», 1947 г., № 3.

закона, что является результатом сращивания монополистического капитала с государственным аппаратом и усиления вмешательства буржуазного государства в хозяйственную жизнь. Но в сфере международного частного права монополистический капитал избегает какой-либо определенности; здесь попрежнему безраздельно господствует судебная практика, судебный прецедент. Такое состояние источников международного частного права облегчает возможность изменения решений по отдельным вопросам в соответствии с изменяющейся международной конъюнктурой.

Таким образом, все отмеченные в свое время Энгельсом особенности «общего права» полностью сохранились в сфере английского «Private International Law». Здесь в особенности сохранилась нарочитая неопределенность правовых принципов и чрезвычайно легкий переход от одного правового начала к другому. Прецедентная система, вопреки утверждениям некоторых британских авторов[1], не обеспечивает определенности и стабильности в праве, и это особенно наглядно вытекает из решений британских судов по гражданским делам с «иностранным элементом».

Вот почему все нормы английского (и американского) коллизионного права, выводимые Вольфом из судебной практики, носят весьма шаткий характер.

С этой общей оговоркой можно все же констатировать некоторые отличительные черты английской коллизионной доктрины, которые обнаруживаются при изучении излагаемого Вольфом правового материала. Эти отличительные черты (присущие также и американской доктрине) заключаются в следующем:

1) Господство территориального начала, выражающегося, в частности, в стремлении подчинить иностранцев, домицилированных в Англии, английскому праву даже во многих таких вопросах, в которых континентальные суды считаются с «национальным законом» (lex patriae) иностранца.

2) Полное (за редкими исключениями) отрицание международно-правового характера коллизионных принципов даже в таких вопросах, в которых некоторые другие системы признают «международно-правовую связанность».

3) Учение о том, что иностранный закон, к которому отсылает английская коллизионная норма, может рассматриваться лишь как фактическое обстоятельство, существенное для дела, а не как юридическая норма.

---

[1] *Geldart*, Elements of English Law, 1926, p. 27; см., впрочем, *Goodhart*, Precedent in English and Continental Law в Law Quarterly Review, 1934, vol. I, p. 40—65, где указано, что прецедентная система не обеспечивает стабильности.

Критика Вольфом этой доктрины исходит, конечно, из чисто идеалистического противопоставления нормы и факта—сущего и должного (§ 206). Она, разумеется, неспособна выявить социально-экономическую и политическую подоплеку английской доктрины. Эта подоплека выявляется лишь из тех выводов, которые британские суды делают из своей доктрины (о «фактическом» характере иностранного закона). А выводы эти заключаются в том, что если иностранное право есть лишь «факт», а не юридическая норма, то британский суд не обязан знать иностранного права; обязанность «доказать» иностранный закон, на который ссылается сторона в процессе, возлагается на эту тяжущуюся сторону; если сторона в процессе «не докажет» иностранного закона (не сумеет установить его содержания), то британский суд применит соответствующую английскую материально-правовую норму, исходя при этом из своей нелепейшей «презумпции», что подлежащий применению иностранный закон по своему содержанию сходен с британской правовой нормой.

4) Британская судебная практика в еще большей мере, нежели судебная практика других капиталистических стран, проникнута стремлением ко всем иностранным правовым концепциям (или, вернее, к фактическим составам дел, содержащих «иностранный» элемент) применять свои собственные, английские юридические квалификации.

Эта особенность отмечена у Вольфа (§ 138 и след.), но и здесь также по-настоящему не показана цель подобного метода интерпретации. Даже у некоторых других буржуазных авторов[1] больше, чем у Вольфа, подчеркивается эта «чрезмерная склонность британских судов привносить английскую квалификацию в иностранное право». К каким результатам приводит такой метод квалификации, видно, в частности, из решения британского суда 1928 г. по делу «Первого Российского страхового общества» против «London and Lancashire Insurance Co.», в котором суд по правоотношению, подчиненному советскому праву, отказался применить ст. 2 Вводного закона к ГК РСФСР под тем предлогом, что статья эта якобы устанавливает только процессуальную норму (а иностранная процессуальная норма не подлежит применению), хотя было ясно, что статья эта аннулирует материальные права. Еще более ярким примером такого метода квалификации по *lex fori* является утверждение, что советская национализация частной собственности на орудия и средства производства является якобы наказанием отдельных капиталистов. Приписав нашим законам о национализации чуждый им характер уголовно-карательных мероприятий, т. е.

---

[1] *Robertson*, Charachterization in the Conflict of Laws, 1940, p. 250.

извратив сущность этих «неугодных» ему законов, суд затем «заключает», что подобные «уголовно-карательные» нормы не имеют экстерриториального эффекта, т. е. не получают признания в Англии. Вольф, излагая подобные решения, повидимому, считает их нормальными (см. § 500). Британские суды вообще усвоили метод систематического извращения многих иностранных правовых норм путем применения к ним широкой, свойственной «общему праву», концепции гражданско-процессуального института: так, например, исковая давность или зачет встречных и однородных требований даже по обязательствам, подчиненным континентальной правовой системе, квалифицируются британскими судами согласно английским правовым понятиям как институты гражданского процесса; а из этого делается вывод, что вопросы зачета и исковой давности всегда должны регулироваться по английскому праву.

Таким образом «толкует» британский суд многие иностранные институты права, пытаясь свести на-нет их экстерриториальное действие.

5) Вольф усиленно подчеркивает, что в сфере обязательств из договоров верховным принципом является автономия воли сторон (§ 395), но и здесь, конечно, не показывает, чьим интересам служит эта доктрина.

Действительно, по коллизионному праву любой из капиталистических стран не вызывает сомнений право сторон подчинить свой договор и вытекающие из него обязательства действию иностранного закона. Законодательство капиталистических стран по общему правилу не содержит норм, регулирующих коллизии по договорным обязательствам. Исходя из того, что гражданские законы, относящиеся к договорам, носят по преимуществу диспозитивный характер, судебная практика во главу угла ставит автономию воли сторон: явно или молчаливо выраженная воля сторон, заключивших договор с «иностранным элементом», указывает суду, какая из коллидирующих правовых систем призвана регулировать данный договор.

Такова, действительно, точка зрения судебной практики большинства капиталистических стран, в частности Англии.

В настоящее время многие буржуазные авторы против нее возражают, отмечая, что таким образом создается широкая возможность обхода национальных запретительных законов. Указывалось также, что эта доктрина не соответствует нынешней эпохе усиленного вмешательства капиталистических правительств в сферу хозяйственной жизни[1]. На деле, однако, оказывается, что автономия воли не только не претерпела умаления

[1] См. обзор высказываний по этому вопросу у *Batiffol*, Les Conflits de lois en matière des contrats, 1938, p. 11.

в судебной практике капиталистических стран, но, напротив, еще более утвердилась в практике судов этих стран после 1918 г.

Чем это объяснить? Мы полагаем, что объяснение состоит в том, что эта доктрина дает возможность банкам, страховым обществам и другим монополистическим организациям расширить сферу применения так называемых «договоров присоединения», расширить свою практику навязывания клиентуре готовых формуляров, перенести такого рода практику из сферы внутреннего оборота в область международных расчетов. Кроме того, принцип автономии воли открывает широкую сферу для судейского усмотрения: в сочетании с учением о так называемых «скрытых договорных условиях» теория автономии воли превращается в один из многочисленных каучуковых параграфов буржуазного права эпохи империализма. «Автономия воли» ныне в буржуазном праве является формой господства воли монополистических корпораций.

В английской практике суд пользуется принципом договорной автономии как технико-юридическим приемом не столько для установления действительных намерений данных конкретных сторон, сколько для того, чтобы путем отыскания предполагаемой воли «разумного человека» установить некоторые «объективные начала». Этот прием именуется отысканием закона, свойственного данному договорному обязательству (the proper law of the contract).

Дайси[1] подчеркивает, что «здесь, как и в других областях гражданского права, исследование намерений сторон на деле является исследованием не действительных намерений *X* и *A*, ибо таких намерений, возможно, на деле вовсе не существовало, а исследованием воли, которую выразили бы разумные люди, если бы они находились в положении *X* и *A* и если бы внимание таких разумных людей было обращено на обстоятельства, на которые *X* и *A* не обратили внимания».

Таким образом, теория автономии воли ныне используется как средство воздействия со стороны суда на содержание договоров с иностранным элементом. Она дает возможность суду буржуазного государства привносить в договор то, чего в нем нет; она в этой области еще более расширяет свободу судейского усмотрения (под видом интерпретации договора).

Все это используется в практике для того, чтобы в сфере внешней торговли по возможности расширить сферу применения «common law», навязать иностранным фирмам английские правовые концепции, не считаясь с особенностями иностранной правовой культуры.

---

[1] *Dicey*, Conflict of Laws, 1932, p. 666.

В целом рассмотренные нами коллизионные доктрины отражают стремление навязать всему миру господство «common law». Коллизионные доктрины эти носят, таким образом (как уже отмечено), ярко выраженный империалистический, агрессивный в отношении других стран, характер.

Но даже в своем стремлении расширить применение собственного права и навязать его другим странам английская доктрина отнюдь не отличается последовательностью.

В тех случаях, когда это отвечало интересам британского финансового капитала, суды по делам, связанным с международными денежными расчетами, часто пренебрегали пресловутыми «традициями» и одним решением иногда разрывали цепь прецедентов (пользуясь для этого многочисленными, ими же выработанными технико-юридическими приемами, на которых мы здесь не можем останавливаться).

Так, например, в 1937 г. судебное присутствие палаты лордов выносит решение, в котором подчиняет золотые займы британского фиска, выпущенные в США, американскому закону для того только, чтобы в интересах английских банкиров использовать выгоды от девальвации доллара и аннулирования в США золотой оговорки. Здесь отступили от принципа, который давно имеет международно-правовое признание и который в 1929 г. получил санкцию Постоянной палаты международного правосудия (в решениях 12 июля 1929 г. по делам о сербских и бразильских займах): обязательства государства не подчиняются иностранному праву, поскольку на то не было прямо выраженного волеизъявления со стороны государства-должника. Этот принцип вытекает из начала независимости государств в международных отношениях. Но британский суд принес в жертву Молоху даже те начала международного частного права, которые вытекают из суверенитета собственного государства. И хотя подобным же образом в аналогичных обстоятельствах поступили верховные суды Швеции (решение 30 января 1937 г.) и Норвегии (решение 8 декабря 1937 г.)[1], но все это, по нашему мнению, не дает основания считать отвергнутой доктрину, по которой государство in dubio подчинено лишь собственному праву. Вольф на этом вопросе останавливается вскользь (§ 417 *in fine*) и, повидимому, принимает принцип, выраженный в названном решении палаты лордов. Но для нас это не изменяет начал международного права. В своей практике по торговым договорам СССР исходит из того, что подчинение сделок Торгпредств иностранному праву имеет место лишь тогда, когда на то дано согласие компетентного органа Советского государства, в надлежащей форме выраженное.

---

[1] «Bulletin de l'Institut Juridique International», 1937, p. 327, 1938, p. 71.

М. Вольф в своей книге большей частью ограничивается лишь юридико-догматическим анализом законодательства и судебной практики и замечаниями de lege ferenda. Как и все без исключения другие буржуазные коллизионисты, Вольф перегружает свой курс мелочным анализом казуистических случаев[1]. Но в тех случаях, когда автор пытается дать социально-политическую оценку тех или иных судебных решений, неизменно обнаруживается не только его приверженность принципам капитализма, но и то, что эти принципы для него — категорический императив. Автор совершенно не понимает того, что после 1917 г. на земном шаре сосуществуют две системы собственности и что основной проблемой для международного частного права в наше время является разрешение вопросов, связанных с оформлением деловых гражданско-правовых связей между этими двумя системами.

Ряд мест в работе М. Вольфа, которые касаются действия советских законов, снабжены примечаниями редактора настоящего перевода[2]. В этих примечаниях, касающихся трактовки автором отдельных вопросов, мы отметили реакционные тенденции автора, неполноту, а иногда даже такую односторонность в трактовке отдельных проблем, которая грешит против требования строгой научной добросовестности.

Но все же книга М. Вольфа — при критическом к ней отношении — принесет пользу: из всех новейших иностранных курсов международного частного права она дает больше всего материала для изучения зарубежной коллизионной практики.

Как уже отмечено, из материалов этой книги, помимо и даже вопреки воле автора, вырисовываются те черты англо-американской коллизионной доктрины, которые делают ее типичной доктриной эпохи империализма. Факты говорят сами за себя.

В заключение необходимо добавить, что М. Вольф в целом ряде мест своей книги ссылается на так называемое «законодательство» Германии и Италии периода господства там фашизма. Для него это законы — нормы права, хотя и заслуживающие осуждения. Как истый буржуазный юрист, Вольф не видит того, что фашизм вообще уничтожил всякую законность.

Л. ЛУНЦ.

Январь 1948 г.

---

[1] В настоящем переводе приведенный автором иллюстративный материал местами подвергся сокращению.

[2] Примечания, касающиеся вопросов, неоднократно упоминаемых в тексте, вошли в Приложение, написанное М. Богуславским. Отсылки к этим примечаниям в тексте обозначены порядковой нумерацией, поставленной в квадратные скобки.

Часть I

ВВЕДЕНИЕ

СФЕРА МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

1. Проблема международного частного права

I. Когда определенные события, могущие породить юридические последствия, имеют место в Англии,—например, соглашение между двумя лицами, нанесение словесного оскорбления, достижение каким-либо лицом двадцати одного года или его смерть,—и когда все лица, которых эти события касаются, являются британскими подданными, домицилированными (имеющими свое постоянное местожительство) в Англии; если, кроме того, предполагается, что эти события будут иметь свои последствия в Англии (например, исполнение соглашения) и иск предъявлен в английском суде,—то само собой понятно, что в этих случаях применяется английское право. Вопрос о том, какое право следует применять, не возникает, так как ответ совершенно очевиден. Когда же в обстоятельствах дела фигурируют какие-либо иностранные элементы—например, одна из сторон является иностранным гражданином или имеет свой домицилий в иностранном государстве, или события или некоторые из них произошли во Франции или могут дать свои результаты во Франции,—то правовые последствия таких событий могут быть исследованы только после разрешения предварительного вопроса о том, какое право надлежит применять в данном конкретном случае. Задача международного частного права заключается в том, чтобы найти ответ на этот вопрос.

На первый взгляд может возникнуть вопрос: почему английский суд обязан применять какое бы то ни было иностранное право при каких бы то ни было обстоятельствах? Почему он не может применять английское право и не что иное, как только английское право, и таким образом избежать всяких проблем международного частного права? Английский судья знает английское право, и если английские законы достаточны для разрешения чисто английских правовых споров, зачем обращаться к другим правовым системам, которых суд не знает и которые могут оказаться менее совершенными, чем английские нормы? Ответ заключается в том, что такое простое

решение проблемы могло бы повлечь за собой серьезные последствия. Если двое французов заключили в Марселе договор, который подлежит исполнению там же, и если иск по этому договору по каким-либо соображениям предъявляется в английском суде, стороны в праве ожидать, что суд разрешит их спор согласно французскому закону. Если в данном случае применить английское право, действие договора может быть иным, чем это имели в виду участвовавшие в нем стороны. Допустим, далее, что английское должностное лицо оформит брак двух домицилированных в Софии болгар, хотя они являются двоюродным братом и сестрой и поэтому им запрещено вступать в брак друг с другом. Поступая таким образом, это должностное лицо содействует браку, который будет считаться недействительным в стране, где брачущиеся имеют свой домицилий. Возьмем еще другой пример: по германскому закону добросовестный покупатель, купивший краденое имущество на открытом рынке, не приобретает права собственности на это имущество. Право первоначального собственника не прекращается, если покупатель привозит это имущество в Англию. Было бы несправедливо в таком случае применить английскую норму, по которой право собственности на краденое имущество переходит к добросовестному покупателю, если он его покупает на открытом рынке.

2. *Соображения в пользу применения иностранного права; защита приобретенных прав*

Время от времени делались попытки найти исчерпывающую простую формулу, которая охватывала бы все соображения, по которым справедливость требует применения иностранного права. Ни одна из таких попыток не дала удовлетворительных результатов, так как ввиду различной природы возникающих споров эти соображения слишком разнообразны и сложны для того, чтобы их можно было объединить в одной простой формуле.

Мы приводим следующие три примера таких попыток:

1. Некоторые авторы полагают, что возможность применения иностранного права зависит от принципа защиты приобретенных прав (vested rights). По их утверждению, одним из догматов справедливости является положение, по которому право, приобретенное в одной стране, должно быть признано и должно получить законную защиту в других странах. Выдающийся французский автор Пьер Арменжон доказал, что не существует такого общего принципа и что он не может в каждом отдельном случае оправдать применение иностранного права[1].

[1] *Arminjon*, 44 Rec. (1933, II), 5. См. указанную там библиографию.

а) Не все права, приобретаемые в силу иностранного закона, всюду защищаются, и их защита не всегда желательна или даже возможна. Такой случай, в частности, имеет место, когда приходится выбирать между правом, принадлежащим одному лицу—*A*, возникшим в силу закона страны *X*, и правом, принадлежащим другому лицу—*B*, возникшим в силу закона страны *Y* и несовместимым с правом, принадлежащим *A*.

Пример: немец, имеющий свое постоянное местожительство в Шотландии, умер, не составив завещания; после него остались вдова и брат. Его движимое имущество оценено в 10 000 ф. ст. По германскому закону его жена наследует половину имущества, по шотландскому закону она может претендовать только на сумму в 500 ф. ст. Английский суд применит шотландский закон как закон домицилия умершего и, следовательно, откажется признать право вдовы на половину имущества, в то время как по германскому закону это является ее «приобретенным правом». С другой стороны, итальянский суд применил бы закон гражданства умершего и, следовательно, не признал бы права брата на все наследственное имущество за вычетом 500 ф. ст., права, которое он приобрел в силу шотландского закона.

б) Закон защищает не только «приобретенные права», возникшие в иностранном государстве, но часто также и юридические отношения, правоспособность и дееспособность, или полномочия, из коих могут возникнуть права, или прекращение обязанностей и права требования, или недействительность документов. Так, например, развод английской супружеской четы, оформленный в Америке, будет признан в Англии, хотя он и не создал какого-либо «права», а создал только лишь возможность заключить новый брак и повлек прекращение субъективных прав (например, на содержание и т. д.).

в) Наконец, «защита» прав и других интересов не является единственным соображением, которое должно быть принято во внимание. Предметом спора часто является вопрос о том, должно ли ограничение в праве, существующее согласно одному закону, признаваться также и иностранным судом. Возьмем приведенный выше пример: болгарин хочет жениться на своей двоюродной сестре, хотя по болгарскому закону браки между родственниками вплоть до седьмой степени запрещены. Вопрос, возникающий в Англии или Франции (или в любом месте пребывания брачущихся), будет, таким образом, заключаться в том, следует ли применить болгарский закон или же брак может быть разрешен. Поскольку постановления болгарского закона в данном случае не имеют в виду защитить какие-либо частные «права», а только обеспечивают повиновение религиозному предписанию,—применение этого закона

здесь не подойдет под принцип «защиты приобретенных интересов» (vested interests).

3. *Международная вежливость (Comity of nations)? Ius gentium?*

2. Другие авторы утверждали, что применение иностранных правовых систем в делах, включающих в себя иностранные элементы, необходимо потому, что если их не применять, то это может рассматриваться как выражение пренебрежения к иностранному суверенитету, как отсутствие «международной вежливости» в отношении иностранного государства. Предполагалось также, что существуют принципы международного публичного права (*ius gentium*), в силу которых каждое государство находится в отношении другого субъекта международного общения под некоторым юридическим обязательством применять иностранное право при известных обстоятельствах. В параграфе 13 будет разъяснено, что таких норм международного публичного права не существует и что применение иностранных законов не диктуется интересами отдельных государств. Если суды какой-либо страны *X* будут применять исключительно законы, действующие в этой стране, они будут поступать несправедливо не против какой-либо иной страны (государства), а против отдельных лиц, и с этой точки зрения совершенно безразлично, будут ли эти лица подданными страны *X* или какой-либо иной страны.

4. *«Гармония законов»?*

3. Наконец, некоторые авторы усматривают основание для применения иностранного права в желании установить так называемую «гармонию законов во всем мире»[1].

Если кажды суд будет применять только законы своего государства (*lex fori*), исход любого дела всецело будет зависеть от того, в какой стране будет предъявлен иск. Истец часто может возбудить дело по своему собственному выбору в одной из нескольких стран: он может избрать для этой цели домицилий ответчика или место нахождения его предприятия (фирмы), либо страну, в которой ответчик случайно находится, когда иск предъявлен. Было бы несправедливо позволить истцу делать выбор не только между судами нескольких государств (*fora*), но, в результате такого выбора, также между правовыми системами нескольких стран. Справедливость требует, чтобы решение было одно и то же, независимо от того, где предъявлен иск. Это соображение здравое, хотя и не исчерпывающее. Даже и в том случае, когда истцу не предоставлена

---

[1] См. § 15.

возможность выбора суда, судебный орган, разрешающий спор, может признать противным справедливости применение законов его страны.

5. Определение международного частного права

II. Таким образом, задачей международного частного права является решение вопроса о том, какую именно из нескольких одновременно действующих правовых систем следует применить при данном фактическом составе дела. В этом определении существенны четыре момента:

1. Как и все другие нормы права, нормы международного частного права применяются к определенному фактическому составу дела, к фактам, которые ранее правом не затрагивались и которые еще не получили квалификации как факты, создающие какое-либо правоотношение. Ибо только правовая системе может определить, порождает ли данный фактический состав дела какое-либо правоотношение или нет, и задачей международного частного права является выяснить, какая именно правовая система должна быть признана действующей в данном конкретном случае. Этот труизм иногда оставался незамеченным, и задача международного частного права определялась как решение вопроса о том, какая правовая система применима (должна быть применена) к данным п р а в о о т н о ш е н и я м. Как мы увидим ниже, эта ошибочная формула иногда влекла за собой ошибочные выводы в связи с доктриной квалификации (doctrine of classification).

2. Предоставленный суду выбор правовых систем ограничен системами, о д н о в р е м е н н о д е й с т в у ю щ и м и. Если в какой-либо определенной стране закон был изменен,—как, например, английский закон о разводе после издания Акта о браке 1937 г.,—возникает вопрос о том, должны ли события, имевшие место до изменения закона (например, измена, допущенная одним из супругов в 1936 г.), рассматриваться по старому или по новому закону. Часто ответ на этот вопрос дается в постановлениях закона. Если этого нет, суд должен будет применить определенные общие принципы, например принцип, устанавливающий, что закон не имеет обратной силы, или принцип защиты приобретенных прав. Но эти, как их называли, «общие» нормы «интертемпорального» частного права[1] не имеют ничего общего с нормами международного частного права, и указанные выше нормы нельзя применять «по аналогии». Доктрина защиты приобретенных прав в международном частном

---

[1] Впервые они были так названы швейцарским автором *Affalter*, Das intertemporale Privatrecht, 1901.

праве, очевидно, основана на ошибочной аналогии такого рода. Ошибочность аналогии подтверждается следующими соображениями. Если закон страны *X* наделил лицо определенным правом, эта страна будет считать несправедливым лишить лицо этого права путем издания нового закона,— стране *X* в этом случае препятствует ее прежнее поведение. Из этого не следует, что другая страна *Y* обязана признать право этого лица.

3. Правовые системы, между которыми производится выбор, большей частью являются системами, действующими в разных странах, т. е. либо в отдельных государствах (французский закон, германский закон), либо в разных частях одного государства (английский закон, шотландский закон, законы о переходе имущества к младшему сыну, а не к старшему). Бывает, однако, что в одной и той же стране одновременно действуют две или более правовых систем. Так, например, в Египте, Сирии, Палестине, в Аравии, Иране, Индии и в большинстве колоний к туземцам, индусам, магометанам, европейцам, евреям и к другим группам лиц, классифицируемым в зависимости от их расы и религии, применяются различные правовые нормы. Это в особенности относится к браку, наследованию и земельному праву. В Европе также можно найти такие различия в тех балканских странах, в которых законы о браке, разводе и раздельном жительстве супругов всецело регулируются религией [4]. До 1938 г. такое положение было также и в Австрии, где гражданский кодекс 1811 г. установил различные нормы для брака римских католиков, других христиан и евреев. Правовые нормы, регулирующие положения различных «персональных» систем, например при смешанных браках, могут быть названы интерперсональным правом[1].

Большинство норм международного частного права может в этих случаях применяться по аналогии.

4. Юридические последствия данного фактического состава дела не всегда определяются о д н о й е д и н с т в е н н о й правовой системой. Иногда возникает необходимость применения нескольких систем—либо кумулятивно, либо альтернативно.

а) К у м у л я т и в н о. Может иметь место случай, когда определенный фактический состав порождает юридические последствия только при наличии определенных условий, общих для двух правовых систем. Так, например, действие, совершенное за границей, дает в Англии повод для предъявления

---

[1] См. об этом, в частности, у *Arminjon*, J. Clunet, 39 (1912), 698, 1025; 40 (1913), 34, 435, 812; и *Giesker-Zeller*, Die Rechtsanwendungsnorm (1914), 36 et seq.

иска из правонарушения только в том случае, если такое действие составляет правонарушение, дающее основание для судебного преследования по английскому закону, и если оно не разрешается по законам страны, в которой это действие совершено[1]. Определенный фактический состав может также породить несколько юридических последствий, каждое из которых регулируется соответствующей правовой системой.

Примеры. Если договор, заключенный в Нью-Йорке, подлежит исполнению в Лондоне, может создаться положение, при котором договор в целом регулируется законами Нью-Йорка, но английский закон места исполнения обязательства (*lex loci solutionis*) применяется в отношении способа или достаточности исполнения или в отношении освобождения от ответственности в случае неисполнения договора[2].

В международных договорах о займах заимодавец часто обусловливает для себя право выбора валюты платежа, т. е. право на уплату долга либо в Англии в английской валюте, либо в Амстердаме в голландской валюте, по его выбору. В таких случаях договор часто содержит условие о том, что все вопросы, связанные с суммой и способом уплаты, подлежат разрешению согласно законам страны, которую он (заимодавец) изберет[3].

б) Альтернативно. В Англии, например, вопрос о дееспособности для заключения торговых договоров разрешается альтернативно либо по закону домицилия договаривающихся сторон, либо по закону места заключения договора. Если одна из этих двух правовых систем признает данное лицо дееспособным на заключение договора, договор будет действительным[4].

Поэтому если 20-летний домицилированный швейцарец и 22-летний венгерец заключают договор в Лондоне, такой договор будет действителен, так как швейцарец достиг совершеннолетия по швейцарскому закону (в 20 лет), хотя и не по английскому, в то время как венгерец достиг совершеннолетия по английскому закону, но не по венгерскому (в 26 лет).

6. *Международное частное право и единообразные законы внутреннего материального гражданского права*

III. Международное частное право следует также отличать от тех норм частного права, которые стали общими для многих

[1] The Halley (1868); L. R. 2. P. C., 193; см. ниже, § 470.
[2] U. S. A. Restatement, §§ 332, 338.
[3] См., например, дело Rex v. International Trustee (1937), A. C. 500, 574. См. ниже, § 445.
[4] См. ниже, § 261 и след.

стран в результате международных конвенций. Законы, введенные в различных странах в связи с такими конвенциями, по своей природе являются обычными самостоятельными «внутренними» законами или законами «внутреннего» материального права (municipal law); они не связаны с применением иностранных законов. В самом деле, в тех странах, где такие унифицированные законы внутреннего материального гражданского права были созданы, все проблемы международного частного права исчезли,—если только согласованная норма не толкуется различно в соответствующих странах.

Международные конвенции этого рода очень многочисленны. Из конвенций, ратифицированных Великобританией, наиболее существенными являются: Парижская конвенция о защите промышленной собственности 1883 г., измененная дополнительными Брюссельскими актами 1900 г., Вашингтонским 1911 г., Гаагским 1925 г. и Лондонским 1934 г.[1]; серия морских Брюссельских конвенций, начиная с 1910 г., устанавливающих единообразные правила в отношении столкновений на море, помощи и спасания (имущества на море) и некоторых других вопросов[2]; Бернская конвенция 1885 г. о защите произведений искусств и литературы, дополненная в Париже в 1896 г., в Берлине в 1908 г. и в Риме в 1928 г.[3]; Варшавская конвенция 1929 г. об унификации определенных правил, относящихся к воздушному транспорту[4], и др. Некоторые правила, касающиеся перевозки грузов на море, были рекомендованы на двух международных конференциях, состоявшихся в Брюсселе в 1922 и 1923 гг., и основаны на «Гаагских правилах»,

---

[1] Предметом этой конвенции является защита патентов, рисунков, моделей, торговых марок и названий фирм, защита обозначений происхождения товара, а также борьба с недобросовестной конкуренцией. Она была введена в Англии изданием ряда парламентских актов, как, например, Акт о патентах 1938 г., принятых в силу международных конвенций 1938 г. (182 Geo. VI. c. 29).

[2] См. Акт о морской конвенции 1911 г. (1 and 2 Geo. c. 42); об унификации морского права: *Gutteridge*, J. Comp. Leg., 1934, 246; *Cleminson*, там же, 1941 г., 163.

[3] Эти конвенции не устанавливают единообразного авторского права, унификация ограничивается лишь определенным количеством отдельных пунктов. Их основным предметом является защита авторских прав иностранцев. В Англии они имеют силу законов, и права иностранцев регулируются только приказом Совета министров, изданным во исполнение раздела 29 Акта об авторском праве 1911 г.

[4] В Англии введена в силу Актом о воздушном транспорте 1932 г. (22 и 23 Geo. V., c. 36). Другая Международная конвенция 1933 г. по воздушному праву не была ратифицирована Великобританией. См. *R. Coquoz*, Le droit privé international aérien (1938).

разработанных в 1921 г. на съезде Международной юридической ассоциации. Великобритания и другие государства приспособили свои внутренние законы к этим постановлениям[1]. С другой стороны, некоторые существенные международные конвенции, хотя и принятые почти всеми европейскими и некоторыми не-европейскими государствами, не были ратифицированы Великобританией, а также и Соединенными Штатами Америки. К таким конвенциям относятся Женевские конвенции, касающиеся единого закона о простых и переводных векселях от 1930 г. и единого закона о чеках от 1931 г. Великобритания приняла только две конвенции о гербовом сборе в связи с простыми и переводными векселями и чеками.

Ни один из перечисленных выше вопросов не имеет отношения к работе, посвященной международному частному праву, хотя конвенции имели в виду установить нормы частного права, носящие международный характер.

IV. Имеются три темы, хотя и не относящиеся непосредственно к применению иностранного права, но обычно обсуждаемые в учебниках по международному частному праву.

7. Международное частное право и юрисдикция

1. Все английские и американские теоретики международного частного права начинают с изложения условий, при которых исковые дела, содержащие иностранный элемент, подпадают под юрисдикцию английских и американских судов. Мы здесь последуем той же практике, ибо обсуждение проблем международного частного права обычно возникает в связи с судебными исками.

Следует, однако, подчеркнуть, что необходимость выбора права, которое должно быть применено, возникает не только в процессе судебного спора. Вопросы о выборе права возникают и в тех случаях, когда заинтересованное лицо хочет получить юридическое заключение о своих правах, возможно, и без намерения начать судебный процесс, или когда стороны решают передать свой спор на рассмотрение арбитража, или также, когда должностное лицо стоит перед необходимостью решения вопроса о том, можно ли зарегистрировать брак двух лиц, имеющих различные домицилии или гражданство, несмотря на то, что действующая в одной из соответствующих стран правовая система препятствует такому браку, или когда земельная регистратура должна решить вопрос о вводе во владение, основанном на иностранном завещании,

---

[1] Акт 1924 г. о перевозке грузов на море (14 and 15 Geo. V., с. 22).

действительном согласно закону домицилия покойного, но недействительном по закону места расположения имущества (*lex situs*).

8. Международное частное право и нормы о гражданстве

2. Все французские и некоторые английские теоретики международного частного права подвергают обсуждению нормы, регулирующие приобретение и утрату гражданства, так как в некоторых странах, как, например, во Франции и в Германии, все вопросы, относящиеся к статусу (гражданскому состоянию) лица и к семейному праву, разрешаются по законам гражданства этого лица. В Англии эти положения не применяются, и поэтому этот вопрос здесь не будет обсуждаться[1].

9. Международное частное право и положение иностранцев

3. Некоторые авторы относят к предмету международного частного права вопросы о правовом положении иностранцев по внутренним законам страны. Под этой рубрикой рассматриваются права и обязанности лиц, не являющихся подданными данного государства. Могут ли иностранцы быть опекунами, владеть или приобретать земельную собственность, заключать трудовые договоры? Каким образом можно и возможно ли вообще оградить торговые, промышленные и горнопромышленные компании от иностранного контроля? Вопрос о том, следует ли этого рода проблемы обсуждать как предмет международного частного права, по существу является вопросом терминологии и расположения материала. Во всех перечисленных случаях иностранное гражданство заинтересованного лица образует «иностранный элемент». Но возникающая в связи с этим проблема заключается не в том, внутренний закон какой страны следует применить, а в том, как разрешает упомянутые выше проблемы внутренний закон данной страны: препятствует ли он иностранцам занимать какие-либо должности или организовывать компании? Ограничивает ли закон количество акций, которыми иностранцы могут владеть в торговых и промышленных обществах внутригосударственного значения? Такого рода проблемы как с юридической, так и с политической стороны весьма отличаются от проблем, относящихся к применимости закона. По этим соображениям было признано предпочтительным исключить такие проблемы из настоящего исследования.

---

[1] См., однако, ниже, § 122 и след.

10. *Термин «международное частное право» («коллизионные нормы»)*

V. Исследуемый нами предмет обычно носит название «Международное частное право»[1] или «Коллизионные нормы»[2]. Оба эти названия могут встретить возражения. Первое из них предполагает, что имеются два вида международного права, публичное и частное, между тем как международное частное право в настоящее время является не международным правом, но правом национальным (внутренним) (см. ниже, § 11). Второе название нельзя признать более удовлетворительным, так как задача этой отрасли права заключается в том, чтобы произвести выбор между несколькими правовыми системами и таким образом избежать коллизии.

Поскольку, однако, оба названия употребляются повсюду, и поскольку никто не нашел лучшего названия[3], то едва ли целесообразно уделять внимание этому чисто терминологическому вопросу.

БИБЛИОГРАФИЯ

Jos. Jitta, La méthode du droit internat. privé (1890), p. 32 et seq. *P. Arminjon*, L'objet et la méthode du dr. i. p. 21 Rec. (1928, I). *Arminjon*, 56 Rev. Ghent (1929), 680 et seq. *Arminjon*, La notion des droits acquis en dr. i. p., 44. Rec. (1933, II), 5 et seq. *Pillet*, La théorie générale des droits acquis, 8 Rec. (1925, III), 489. *Kaeckenbeeck*, 17 Brit. Y. B., 1936, I; 59 Rec. (1937, I), 321. *Giesker—Zeller*, Die Rechtsanwendungsnorm (1914). *W. E. Beckett*, Brit. Y. B., 1926, 73. *Neuner*, 20 Canadian Bar Rev. (1942), 481.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО КАК «НАЦИОНАЛЬНОЕ» ИЛИ «СВЕРХНАЦИОНАЛЬНОЕ» ПРАВО

11. *Общий обзор проблемы*

I. В настоящее время международное частное право, несомненно, является национальным правом. Существует английское международное частное право в отличие от французского, германского, итальянского международного частного права.

---

[1] В Шотландии «International Private Law», соответствующее континентальным названиям: «Droit international privé», «Internationales Privatrecht», «Diritto internazionale privato» и т. д. Это обозначение было введено Феликсом в 1843 г.

[2] В Германии: «Kollisionsrecht», французское выражение «Conflit des lois» употребляется в более тесном смысле. Оно покрывает только одну из трех частей «Droit international privé», исключая нормы о гражданстве и о правовом положении иностранцев.

[3] Название «Demarcation Law» («Grenzrecht»)—«Демаркационное право», которое пытались ввести некоторые немецкие авторы и которое заставляет думать о пограничных столбах, оградах и заборах, можно упомянуть только как занимательное терминологическое упражнение. О термине «Polarized Law» см. общую библиографию под рубрикой I. Baty.

Нормы, регулирующие коллизию законов в различных странах, отличаются друг от друга почти настолько же, насколько отличается их внутреннее материальное гражданское право.

Однако международное частное право не всегда рассматривалось как чисто национальное право. Когда оно зародилось в итальянских городах-государствах средних веков[1], оно понималось как сверхнациональное право. Там не существовало отдельных систем международного частного права для Флоренции, Болоньи и Модены; для всех государств существовало одно общее право одного общего происхождения. Идея сверхнационального права поддерживалась также и в доктринах, разработанных во Франции и Голландии, начиная с XVI в. и далее (несмотря на то существенное значение, которое в то время придавалось концепции суверенитета), а также в доктринах, позднее разработанных школой естественного права. Вплоть до эпохи больших континентальных кодексов идея сверхнационального права не исчезала.

12. Коллизионные нормы, общие для нескольких государств

Несомненно, существует много норм, касающихся коллизии законов, полностью или в какой-то мере общих для нескольких стран. Но они в настоящее время больше уже не рассматриваются как сверхнациональные. Они рассматриваются как часть соответствующих национальных правовых систем. Идентичные нормы этого рода возникают тремя различными путями.

1. Некоторые из норм, составлявших сверхнациональное право средневековых доктрин итальянских юристов, сохранили свою силу повсюду. Примером может служить правило *locus regit actum* (форма сделки определяется местом ее заключения), согласно которому договоры считаются формально действительными, если они совершены по форме, предписанной законом места их заключения; а также правило *lex situs* (закон места нахождения имущества) в случае передачи недвижимого имущества «между живыми» (inter vivos).

2. Некоторые правила стали общими правовыми нормами для многих стран путем самостоятельного принятия их каждой страной в отдельности. Так, например, скудные положения ст. 3 французского гражданского кодекса были скопированы многими другими кодексами. Более детализированные положения германского кодекса были воспроизведены еще более значительным числом иностранных законов.

Большинство английских коллизионных норм было воспринято через судебные решения шотландских, канадских

[1] См. ниже, § 19 и след.

и южноафриканских судов, а также Соединенными Штатами Америки.

3. Наконец, некоторые нормы международного частного права стали общими для многих стран в результате международных конвенций[1]. Такие конвенции просто создавали для договаривающихся держав обязательство ввести в действие согласованные между ними нормы. Введение в действие этих норм законодательными органами заинтересованных государств превращало их в национальное право этих государств, которое, таким образом, содержит в себе нормы, общие для всех сторон, участвующих в конвенции.

13. Международное частное и публичное право

II. Сказанное выше приводит к другому вопросу об отношении между частным и публичным международным правом (Droit de gens, Völkerrecht).

Обязаны ли друг перед другом различные государства (не считая обязательств, принятых ими по договорам) приводить свои коллизионные нормы в соответствие с определенными принципами?

Некоторые авторы отвечают на этот вопрос утвердительно. Они полагают, что определенные общие принципы международного частного права могут быть выведены из основных концепций, воплощенных в международном публичном праве[2]. Вряд ли можно отстаивать такое утверждение. За последние десятилетия международное публичное право действительно разработало некоторые нормы, относящиеся к положению иностранцев. В частности, многими решениями международной юрисдикции было установлено, что государство хотя и может экспроприировать частную собственность иностранцев, так же, как и собственность своих граждан, но оно, однако, не может сделать это без справедливой компенсации[3]. Но эти нормы

---

[1] См. ниже, § 39 и след.

[2] Некоторые решения смешанных арбитражных трибуналов, учрежденных в силу мирного договора 1919 г., также утверждают, что существуют «общие принципы» международного частного права, не зависимые от национальных коллизионных норм различных государств. См. Recueil des décisions des tribun. arbitraux mixtes, 4, 9; 6, 975; 1, 162.

[3] Постоянная палата международного правосудия. Решение № 7 от 23 мая 1926 г., дело Chorzów: «Принцип уважения приобретенных прав составляет часть всеобщего международного права». Постоянный международный арбитраж, 1922 г., по делу Norway v. United States of America (17 Amer. J., 362): «Справедливая компенсация должна быть уплачена претендентам согласно внутреннему материальному гражданскому праву Соединенных Штатов, так же, как и согласно международному праву, основанному на уважении к частной собственности».

Арбитражное решение М. Губера, 1924 г., по делу Great Britain v. Spain (Annual Digest 1923—24, 157, 163): «Можно считать общеприня-

не касаются проблемы выбора правовой системы, подлежащей применению к фактам, содержащим иностранный элемент, и нет никаких доказательств того, что международное публичное право установило какие-либо нормы в этой области. Не существует такого принципа международного права, который заключал бы в себе «распределение компетенции» в области частного права, т. е. разграничение соответствующих сфер законодательной компетенции различных государств. Эрнст Цительман пытался доказать существование такого принципа[1]. Его исходной позицией была идея о том, что каждое государство обладает властью над всеми предметами, расположенными на его территории, и над всеми лицами, являющимися его гражданами. Если бы это было верно, то английскую систему, применяющую не закон гражданства лица, а закон его домицилия, следовало бы признать противоречащей международному праву; но ни одно государство никогда против этого не возражало[2].

Существуют, однако, общепризнанные принципы международного права, касающиеся обязательств суверенных государств по отношению друг к другу и вытекающие из сосуществования этих государств. Так, например, все государства обязаны уважать независимость, территориальное верховенство и достоинство других государств, разрешать сношения друг с другом и действовать по принципу равенства государств. Можно ли на этом основании утверждать, что любое из этих основных обязательств налагает на различные нации обязанность издавать определенные нормы международного частного права? Мы в этом сомневаемся. «Территориальное верховенство» какого-либо определенного государства X ни в какой мере не подвергается опасности, если другое государство Y декретирует, что наследование недвижимости, расположенной в X, регулируется не законами этой страны X, а законом последнего домицилия умершего. «Достоинство» государства не оскорбляется, если некоторые его законы рассматриваются другим государством как несовместимые с публичным порядком этого последнего государства или с его концепцией о требованиях добрых нравов

тым, что по международному праву иностранец не может быть лишен своей собственности без справедливого возмещения». Арбитражное решение М. Фейзи, 1928 г., по делу Goldenberg v. German Reich: «Если публичное право позволяет государству по мотивам общественной пользы нарушать принцип уважения к частной собственности иностранцев, то это допустимо при непременном условии, что реквизированное имущество будет справедливо оплачено в возможно короткий срок» (Bruns' Z., I, 2, p. 94).

[1] Также и Франкенштейн в своей работе по международному частному праву.

[2] См. *Melchior*, Grundlagen, p. 36, *Maury*, p. 31.

(boni mores)[1]. Обсуждение возможной нормы, которая не позволяла бы судам применять иностранное право или закон определенного иностранного государства, было бы только фантастической спекуляцией. Ни одно государство никогда не издавало закона такого рода, и сомнительно, чтобы какое-либо государство когда-либо издало такой закон. Конечно, если какое-либо государство издало бы коллизионную норму, направленную против обоснованных прав или интересов иностранцев или влекущую за собой нарушение этих интересов (скажем, норму, в силу которой договоры между гражданами этого государства и иностранцами должны регулироваться законом, который окажется более благоприятным для его граждан), то это нарушило бы указанную выше норму международного права, касающуюся положения иностранцев. Но, опять-таки, такого рода коллизионных норм не существует.

Примечание редактора. Нельзя утверждать, что отказ одного государства признавать действие законов другого государства, вообще говоря, безразличен для этого последнего. В нашей литературе неоднократно подчеркивалось, что необходимой предпосылкой сотрудничества СССР с капиталистическими странами является признание со стороны последних социалистической системы собственности (см. *И. С. Перетерский*, Система международного частного права, в журнале «Советское государство и право», 1946, № 8—9 и сл.; его же—Борьба СССР за равноправие двух систем собственности в международных отношениях, Ученые записки Академии общественных наук, 1947 г., вып. 1).

Ср. по этому вопросу правильное высказывание британского судьи Скраттона в деле «Лютер Сэгор», приведенное у Вольфа в § 169. Приводя это высказывание британского судьи, Вольф даже не упоминает о том, что оно относится к советским законам о национализации и что судья Скраттон в этом решении обосновал недопустимость, с точки зрения международного права, отрицать действие этих советских законов. Более того, анализируя (в § 500) вопрос о действии этих советских законов, Вольф также не считает своим долгом сослаться на высказывания судьи Скраттона,—он излагает в основном те суждения, в которых мотивировано непризнание экстерриториального действия советской национализации.

Нельзя признать допустимым такой метод обращения с материалом судебных решений.

14. *Международная вежливость как основа международного частного права?*

III. Некоторые авторы, хотя и отвергающие международное публичное право как базис для международного частного права, пытаются заменить этот базис понятием международной вежливости (comity). Слово «comity» имеет два значения[2]. Оно часто употребляется как равнозначащее термину «коллизия законов». Чаще его значение ограничивается

---

[1] См., однако, *Скраттон* по делу A. M. Luther v. Sagor and Co, 1921.

[2] См. *Beale*, I, 53 et seq.

понятием добровольной уступки другим странам; это значит, что применение иностранных законов и признание прав, возникших в силу иностранного права, не зависят от какого-либо юридического обязательства, существующего согласно международному публичному праву, а являются актами вежливости, продиктованными взаимным уважением народов (*comitas gentium*). Это мнение, восходящее к голландским авторам XVII в., до сих пор еще защищается некоторыми авторами в Соединенных Штатах Америки и в Англии. Проявление такой вежливости в отношении соответствующих институтов другой страны иногда исходит от местных судов[1], иногда от законодательных органов. Обе эти концепции опасны и обе они ошибочны. Эти доктрины опасны, так как они стремятся поставить применение иностранного права и признание иностранных судебных решений в зависимость от «взаимности»: ничего не стоящие решения, вынесенные продажными и невежественными судьями в какой-нибудь Руритании, могли бы быть признаны безвредными в Англии только потому, что суды Руритании признают мудрые решения, вынесенные английскими судьями. Эта доктрина также ошибочна и потому, что она основана на идее, что всякое государство заинтересовано в том, чтобы его право применялось судами других государств. Допустим, что правом, свойственным договору, заключенному в Италии между французом и итальянцем, является в данном случае итальянское право, но что английский суд, рассматривающий иск, возникший из этого договора, неправильно считает, что следует применить французское право, и поэтому отказывает в иске; в этом случае страдает только истец, для итальянского же государства это безразлично. Насколько мало беспокоит то или иное государство, применяется ли его правовая система за границей или нет, становится особенно очевидным во время войны. Никогда еще ни одно воюющее государство не издавало закона о том, чтобы на период войны его суды исключили применение всех юридических норм вражеского государства.

Если бы применение иностранного права было основано на международной вежливости (*comitas gentium*), оно бы, несомненно, прекращалось при возникновении военных действий.

15. *«Гармония законов» как руководящий принцип*

IV. Таким образом, хотя ни одна норма международного права и ни один постулат вежливости не препятствуют любой стране ввести у себя любую норму международного частного

---

[1] См., например, дело Simpson v. Fogo (1863) Hemm. and M., 195, 247.

права, какую она признает подходящей,—справедливость требует, чтобы каждая страна, устанавливая такие нормы, принимала во внимание их воздействие на социальное и экономическое общение между любыми лицами, будь то граждане этой страны или иностранцы. Общество, интересы которого должны быть учтены законодателем, не является обществом его собственных сограждан, а также не обществом различных государств и наций, но обществом всех личностей—человечеством[1]. Система коллизионного права, пренебрегающая этой сверхнациональной точкой зрения, будет противоречить справедливости. Особенно несовместимы с задачей законодателя международного частного права нормы, которые будут продиктованы только желанием усилить власть своей собственной правовой системы. Целью законодателя должно быть установление таких норм, которые по его разумному суждению должны были бы вводить законодатели других стран. Международное частное право само по себе не есть международное право, но оно, понятно, должно быть построено в духе международного общения.

Конечной целью должно служить достижение единообразия коллизионных норм всех стран, «гармонии законов», как это назвал Франц Кан. Если эта цель будет достигнута, каждый судебный иск может быть разрешен по одним и тем же законам внутреннего материального гражданского права, независимо от того, в каком суде он будет предъявлен. И если стороны не намерены возбудить судебное дело, а только желают получить совет по поводу своей правовой позиции, их адвокат будет в состоянии дать недвусмысленный ответ, в то время как сейчас он часто обязан сказать: «Мой ответ зависит от того, будет ли иск предъявлен в суде страны X или страны Y. Согласно коллизионным нормам страны X, применяются, скажем, внутренние законы Швейцарии, по которым спорная претензия является обоснованной; согласно же коллизионным нормам, действующим в стране Y, решающим является французский внутренний закон, по которому эта претензия не основательна».

Если стороны при этом настаивают на том, что они не намерены предъявлять иска где бы то ни было, а только желают знать, «кто из них прав», то даже самый эрудированный и способный адвокат должен ответить: «На Ваш вопрос невозможно дать ответа, хотя нет ни малейшего сомнения относительно закона».

---

[1] «Международное общество индивидуумов», как это определяет голландский автор *Josephus Jitta*.

16. Препятствия к унификации коллизионных норм

Однако конечная цель—единообразие коллизионных норм на всем земном шаре—очень далека от осуществления и, возможно, никогда не будет достигнута, пока существуют независимые государства. В особенности кажется невероятным, чтобы все государства достигли соглашения о том, должно ли гражданское состояние (статус) лица определяться законом его гражданства или закоком его домицилия[1]. Ни одно государство, далее, не выразит готовности применять иностранное право, если это ведет к результату, несовместимому с основными принципами его собственного законодательства. Как бы это ни казалось неудовлетворительным, но, с другой стороны, нельзя отрицать, что значение «гармонии законов» иногда несколько переоценивалось. Гармония очень желательна в тех случаях, когда иск может быть предъявлен в судах нескольких стран[2], а также когда можно считать вероятным, что последствия какого-либо акта (например брака, развода или договора) будут действовать не только в одной стране. При заключении договоров участвующие в них стороны могут консультироваться у своих адвокатов о том, как создать желательную гармонию путем выбора права, которым должен регулироваться договор.

Достижение гармонии законов часто особенно затрудняется п р е д п о ч т е н и е м, которое как законодательные органы, так и суды отдают применению п р а в а с о б с т в е н н о й с т р а н ы. Такую тенденцию можно обнаружить в каждой стране. Поскольку эта позиция основана на националистическом стремлении несправедливо расширять естественную сферу преобладания своего права, такую позицию нельзя защищать с точки зрения справедливости. Однако мотивы иногда бывают различные. Добросовестный судья будет рад, если нормы международного частного права позволяют ему применять закон его собственной страны. Эта правовая система ему хорошо знакома, и, применяя ее, он уверен в том, что не оставит без внимания новые законы или последние судебные решения. Если он должен применять иностранное право, он в значительной мере зависит от того, что ему скажут сведущие лица, никогда точно не зная, правильны ли их показания. Он может, конечно, пытаться самостоятельно выяснить постановления иностранного права, но, если он даже и владеет языком, он никогда не может быть уверен в том, что его интерпретация, скажем, какого-нибудь иностранного кодекса правильна и что в его

[1] См. ниже, §§ 93—96.
[2] См. выше, §§ 4, 15.

распоряжении находятся все существенные законы, решения и пособия. Он действует в качестве судьи, но он знает об иностранном праве не больше, а часто и меньше студента первого курса страны, о которой идет речь. Поэтому нельзя особенно упрекать судей и законодателей, если они склонны предпочтительно применять право своей страны. Эта тенденция объясняет ряд положений, установившихся во многих странах:

1. Доктрину обратной отсылки (renvoi); см. ниже, § 194.

2. Презумпцию английского права о том, что иностранное право по своему содержанию совпадает с английским; см. ниже, §§ 208, 209.

3. Чрезмерное применение французским правом и основывающимися на нем правовыми системами концепции публичного порядка (ordre public); см. ниже, § 159.

4. То обстоятельство, что судебный процесс всюду регулируется законом суда (*lex fori*). Английские суды заходят очень далеко в своем определении процесса, в отношении которого должно применяться английское право. Так, например, бремя доказывания, сроки исковой давности, зачет, определение размера возмещения ущерба,—все это в Англии трактуется как вопросы процесса; см. ниже, § 218 и след.

5. Стремление законодателя распространить применение его собственного права за пределами, допускаемыми «гармонией законов», совершенно откровенно выражено в некоторых современных кодексах. Так, например, германский вводный закон к гражданскому кодексу[1] предусматривает, что если один из супругов или если родители утрачивают свое германское гражданство, немецкий закон, несмотря на это, должен применяться к некоторым семейным отношениям, при условии, если супруга или соответственно ребенок сохранили германское гражданство. В таких случаях речь идет не о з а щ и т е лиц германского гражданства, ибо германский закон применяется даже и в тех случаях, когда он менее благоприятен для германского подданного, чем иностранный закон.

Б И Б Л И О Г Р А Ф И Я

Burckhardt, Festgabe (Бернский юридич. фак-т—Е. Губеру) (1919) 263. *Jitta*, loc. cit. 69. *V. Bruns und Schindler*, Mitteil, d. Deutsch. Gesellsch. für Völkerrecht 12 (1933) 47, 57. *Fachiri*, Brit. Y. B. 1925, 159, *Kaeckenbeeck* ibid., 1936, I. *Niboyet*, 40 Rec. (1932, II) 157.

---

[1] Вводный закон, 1896, ст. 14, § 2, ст. 17, § 3, ст. 19 и 20.

ИСТОРИЧЕСКИЙ ОБЗОР

1. Римское право

17. Молчание римских источников права

Международное частное право в нашу эпоху является национальным правом, и его источниками служат законы, обычаи и прецеденты. Иначе было в эпоху зарождения международного частного права: оно возникло как сверхнациональное право, и его источником являлась наука о праве.

Начала международного частного права нельзя найти ни в творениях римских юристов, начиная от Муция Сцеволы и кончая Модестином, ни в Византийском праве VI века. *Corpus iuris civilis*, который дает прямой ответ или намек на ответ на любой практически мыслимый правовой вопрос, почти не содержит никаких указаний о применении иностранного права. Юстиниан, исследуя различные отрасли права, дважды повторяет дидактический отрывок из институций Гая, гласящий, что все народы, управляемые законами и обычаями, применяют частично свое собственное право и частично общее право человечества; первое из них, *ius proprium civitatis*, он называет «гражданским» правом (*ius civile*) в противоположность второму, называемому правом народов (*ius gentium*)[1]. Но ни Гай, ни Юстиниан не указывают, применяли ли римские суды или praeses provinciae при каких-либо обстоятельствах иностранное право. Они также не объясняют, прибегают ли к праву народов только для восполнения пробелов в иностранном гражданском праве, или же, наоборот, первичным (основным) правом является право народов, а гражданское право—дополнительным.

Большая часть отрывков из *Corpus iuris*, обычно цитируемых средневековыми авторами, не содержит ничего, что касалось бы определения права, подлежащего применению, а только трактует о юрисдикции *praeses provinciae duumviri* и других должностных лиц или о распределении полномочий между двумя опекунами, когда деятельность каждого из них ограничивается определенной территориальной сферой, и т. п.[2] Когда Дигесты устанавливают, что определенные вопросы должны разрешаться согласно нравам или обычаям «округа», «места» или «провинции»[3], то под этим не подразумевается ссылка на какое-либо обычное

[1] Gai Jnst. I, 1 Just. Inst. I, 2, 1 и Dig. I, 1, 19.

[2] См., например, Dig., 26, 5, 1, 2; 26, 5, 27; 26, 7, 47, 2. Cod.8, 48 (49), 1.

[3] См. Dig. 33, 1, 21, pr.; 26, 7, 7, 10; 30, 39, 1; 17, 1, 10, 3; 25, 4, 1, 15; 2, 12, 4: 26, 7, 32, 2.

«право», а только на фактические обычаи, местные нравы, которые судья принимает во внимание для восполнения пробелов в договорах и завещаниях. Больше того, единственный вопрос, представляющий для нас интерес, т. е. вопрос о том, какой из двух коллидирующих местных обычаев должен считаться преобладающим, упоминается только в одном отрывке. В Дигесте 21.2.6 сказано, что если участок земли был продан, вопрос о том, должен ли и как должен продавец возместить ущерб в случае эвикции участка (отчуждения его от покупателя, *cavere pro evictione*), разрешается согласно обычаю места заключения договора. Было бы неправильно из этого отрывка сделать вывод об общей норме, устанавливающей, что продажа недвижимости регулируется законами места заключения договора (*lex loci actus*), а не законом места нахождения имущества (*lex situs*)[1].

Из других источников, помимо трудов по римскому праву, можно заключить, что при разрешении вопросов о свободе и рабстве, об освобождении от рабства, о браке и имуществе супругов, *patria potestas*, об опеке и наследовании в римских судах применялся закон происхождения заинтересованного лица (*lex originis*)[2]. Но ни один римский юрист даже не упоминает о такой практике. Такое полное молчание можно объяснить тем, что международное частное право может создаваться только тогда, когда проявляется уважение к иностранному праву, когда существует атмосфера равенства, атмосфера, в которой развивалась «правовая мысль» итальянских городов-государств, начиная с XII столетия. Римские юристы были очень далеки от того, чтобы придерживаться подобных воззрений. Их вполне понятное уважение к своему собственному праву могло во многих из них вызвать настолько сильное неуважение ко всякому иностранному праву, включая и греческое, что им никогда не приходила в голову мысль об установлении норм, которые предусматривали бы применение законодательства более низкого качества. Цицерон, возможно, выразил общее настроение всех образованных римлян своего времени, когда он, сравнивая римское право с правом Ликурга, Дракона и Солона, восклицает: «*Incredibile est quam sit omne ius civile praeter hoc nostrum inconditum ac paene ridiculum*»[3] («Невероятно, насколько всякое иное гражданское право, кроме нашего, кажется грубым и почти смешным»).

---

[1] Однако авторы-юристы, начиная со средних веков и вплоть до XVIII столетия, по нескольку раз цитируют этот отрывок, чтобы подтвердить свою доктрину, утверждающую, что *locus actus* был решающим принципом при составлении договора.

[2] *Mitteis*, Reichsrecht und Volksrecht. p. 102 et seq.

[3] *Cicero*, De oratore, 1, 44, 197.

2. От VI до XI века

18. Сфера действия персонального права места происхождения

Законы варваров не послужили источником развития какой-либо теории международного частного права. В эту эпоху всякий, куда бы он ни приходил, приносил с собой закон места своего происхождения[1]; таким образом, салиец подчинялся салическим законам, сакс—саксонским законам, и так далее. Это стало универсальным принципом. В странах со смешанным населением, как, например, в Италии, установился обычай указывать в договорных актах право, которому подчиняются договаривающиеся стороны. Так, например, указывалось, что «продавец пользуется защитой салического закона». При судебном разбирательстве судья также мог спросить истца или ответчика: «Под каким законом ты живешь?» («*Qua lege vivis*?»)[2], и один королевский закон конца VIII века предлагает королевским надсмотрщикам и судьям (*missi dominici*)[3] спрашивать у спорящих сторон: «Каков закон их гражданства» («*Quale habeant legem ex natione*»)[4]. Иногда сторонам, повидимому, предоставляется возможность указывать не закон их действительного происхождения, а закон, согласно которому они хотели бы «жить» (разрешить свой спор). Это является первым отклонением от принципа закона л и ч н о г о п р о и с х о ж д е н и я (*lex originis*), первым примером выбора закона договаривающимися сторонами[5]. Во Франкской империи королевские декреты, так называемые «Capitularia», применялись во всей империи; они по своему характеру были территориальными декретами, а не личными[6].

Начиная с X столетия старые «личные» законы различных народов—салические, рипуарские, бургундские и т. п.—были, по крайней мере во Франции и Германии, преданы забвению, и закон страны занял место личного закона.

3. Теория (или теории) статутариев

19. Начало. Магистр Алдрик

Международное частное право явилось продуктом итальянских университетов XIII века. Право итальянских городов-государств—Генуи, Пизы, Милана, Болоньи, Венеции, Флоренции, Пармы, Сиены, Амальфи и других—облекалось в «ста-

[1] Закон Ripuaria, с. 31, § 3, говорит о «законе места рождения».
[2] *Brunner*, Deutsche Rechtsgeschichte (2 изд.), p. 396.
[3] Т. е. королевских надсмотрщиков и выездных судей.
[4] *Brunner*, loc. cit., p. 398, note 72.
[5] *Meyers*, Histoire des principes, p. 17.
[6] *Brunner*, Deutsche Rechtsgeschichte, 411, 548.

туты». Статут в основном представлял собой декларативное утверждение обычного права более раннего периода, применявшегося в городе и его торговых общинах. Буонкомпаньи около 1215 г.[1] дал следующее определение статута: *statutum est arbitraria mundi norma quae a vulgari hominum consuetudine procedit* (статут есть добровольно принятая норма, которая происходит из народного обычая).

Многие статуты, однако, устанавливали новые правовые нормы. Торговые сношения между различными городами, а также между Италией, с одной стороны, и Сирией, Аравией, Испанией и Южной Францией—с другой, требовали установления норм, регулирующих выбор правовой системы, подлежащей применению в том или ином случае. Вначале судьи, повидимому, ограничивались применением права своего собственного города. Полагали, что эта практика отчасти оправдывалась одним отрывком из Дигест (ничего не говорящим по этому поводу)[2] и отчасти мнением, что стороны, выбирая своего судью, тем самым подразумевают также и выбор его правовой системы. «Выбирая своего судью, стороны тем самым выбирают также его статуты и обычаи»,—так сформулировал этот принцип Яков Балдуин[3]. Так как многочисленные договоры, заключавшиеся между отдельными городами, никогда не предусматривали разрешения вопроса о выборе права,—основная проблема заключалась не в том, какое право подлежит применению, а в том, какому судье принадлежит юрисдикция. Однако проблема международного частного права была впервые по-настоящему поставлена в работах глоссаторов. По тщательному исследованию Неймайера[4], первым поставил эту проблему некий Магистр Алдрик в конце XII века. Он поставил четко вопрос: «*Quaeritur si homines diversarum provinciarum quae diversas habent consuetudines sub uno eodemque iudice litigant, utram earum... iudex sequi debeat*». (Если у одного судьи спорят между собой люди различных провинций, имеющих разные обычаи, спрашивается, обычаем какой провинции должен руководствоваться судья). Ответ Алдрика был неудовлетворительный и двусмысленный: «Судья должен применять право, которое он считает лучшим и более полезным («*potior et utilior*»); он должен, однако, судить, как ему кажется лучше» («*debet enim iudicare secundum quod melius ei visum fuerit*»). Сомнительно, чтобы под лучшим и более полез-

---

[1] *Levin Goldschmidt*, Universalgeschichte des Handelsrechts, I (1891), p. 151, note 29.
[2] Dig. 4, 8, 21, § 10.
[3] См. *Neumeyer*, II, p. 58 et seq.
[4] *Ibid.*, p. 66 et seq.

ным правом здесь подразумевалось право, имеющее наиболее реальную связь с предметом спора[1]; сомнительно также, чтобы Магистр Алдрик имел в виду само по себе качество права. Второй ответ кажется более вероятным.

Повидимому, один из принципов международного частного права был полностью разработан в начале XIII столетия, а именно, принцип, устанавливающий, что законы, изданные каким-либо государем или городом, обязывают только подданных этого государя или города: *«Imperator non imposuit legem nisi suis subditis. Subdituiu tantum ligat consuetudo cossque civitatis»*. («Император издает законы только для своих подданных. Подданных связывают обычаи своего государства»)[2]. Приблизительно в тот же период начинает проводиться различие (одно из наиболее существенных в международном частном праве) между материальным правом (*consuetudo ad litem decidendam*) и правом процессуальным (*consuetudo ad litis ordinationem introducta*). Процессуальные вопросы разрешались согласно законам места судебного разбирательства; вопросы материального права—по законам места заключения договора (*ubi contractum est*)[3]. Это различие, впервые проведенное Балдуином, не было одобрено многими итальянскими авторами того времени, но было принято такими выдающимися французскими юристами, как Ревиньи (умер в 1296 г.) и Бельперш (умер в 1308 г.)[4], и это, возможно, в конечном итоге содействовало его принятию в Италии. Таково было начало нормы *locus regit actum*, которой было предназначено получить всеобщее признание на земном шаре. В то время применение этой нормы не было ограничено только вопросами формы, как это имеет место сейчас во многих странах; она также регулировала материальные условия, небходимые для действительности любого документа, и порождаемые им последствия. Более ограниченная норма *locus regit formam actus* (место определяет форму документа), повидимому, была французского происхождения[5]. Другая, более ранняя норма, касается собственности: норма *lex situs* (закон местонахождения имущества) имеет решающее значение и вначале применялась как в отношении недвижимого имущества, так и в отношении тех видов движимого имущества, которые по своему происхождению принадлежат данной территории—*res in territorio natae*.

---

[1] Так полагает *Gutzwiller*, Le développement historique, p. 14 et seq.

[2] См. *Meijers*, loc. cit., p. 52.

[3] Норма *lex loci actus* (закон места совершения акта) отчасти берет свое начало из Дигест 21, 2, 6 (см. выше, § 17), и из Дигест 50, 17, 34, где ничего не говорится по этому вопросу.

[4] *Meijers*, pp. 53, 54.

[5] *William of Cuneo*, XIV в., см. *Meijers*, p. 58.

20. Бартол. Различные виды статутов

Затем появился Бартол, который, несмотря на свою короткую жизнь (1314—1357), оказал на дальнейшую судьбу римского права в Европе большее влияние, чем любой другой ученый. Возможно, что его заслуги в области международного частного права были несколько переоценены, так как его предшественники не только подготовили ему дорогу, но и сами сделали не мало[1]. Но он первый выявил все многообразные возможности, присущие международному частному праву, и проложил новые пути как в отношении постановки отдельных проблем, так и в отношении метода их разрешения. Почти в течение пяти столетий юристы, разрабатывая эту проблему, следовали по его пути. Он ставил вопрос не о том, какая правовая система применяется к данному фактическому составу дела, а о том, какая группа отношений подпадает под данную норму права. Таким образом, его исходным положением была не квалификация юридических отношений между лицами, а квалификация норм права, существующих в данной стране, как, например, норм, содержащихся в статутах различных итальянских городов-государств (городских общин). Таким же путем школа Бартола во Франции, Голландии и Германии пыталась квалифицировать многочисленные провинциальные и местные обычаи («кутюмы»), а позднее, в Германии, огромную массу законов и декретов, обнародованных более чем 1800 «властвовавшими» суверенами и суверенными городами. Было проведено различие между статутами (или, вернее, между статутарными и обычными нормами), относящимися к лицам (личными, или персональными, статутами, — *statuta personalia*), и статутами, относящимися к вещам (вещными, или реальными, статутами — *statuta realia*) Персональные, или личные, статуты регламентировали юридический статус (гражданское состояние) отдельных лиц, имеющих свое постоянное местожительство (домицилий) или «происхождение»[2] в стране, где данный статут оставался в силе. Вещные, или реальные, статуты определяли все права на недвижимое имущество, находящееся в этой стране. В отношении движимого имущества школа статутарной теории восприняла точку зрения, сформулированную в Бретани в начале XIV века[3]: «движимое имущество следует

[1] *Meijers*, p. 60 et seq. Тексты работ Бартола по международному частному праву были перепечатаны в Böhm's Z. 260, 340, 446. Там также можно найти то, что писал по этому предмету выдающийся ученик Бартола—Бальдус де Убальдис (1327—1400), см. p. 455 et seq.

[2] Связь между происхождением и домицилием еще сохраняется в английской концепции домицилия и происхождения, см. дальше, § 94, 100.

[3] *Meijers*, 45, 96, доказывал, что эта норма не была впервые сформулирована Бальдусом, а, вероятно, имеет французское происхождение.

за лицом»(«*mobilia personam sequuntur*»)[1]. Таким образом, статуты любой страны, относящиеся к движимому имуществу, подлежали применению ко всякому движимому имуществу, принадлежащему или находящемуся во владении подданных этой страны. Бартол расширил эту теорию, введя еще третью группу норм. Они касаются формы договоров и их непосредственных и естественных последствий—в противоположность последствиям, возникающим в результате нарушения договора. Эти нормы, названные затем смешанными статутами (*statuta mixta*), применялись ко всем договорам, заключенным в пределах страны, где действовал данный статут, в то время как нормы, касающиеся последствий нарушения договора, применялись ко всем договорам, подлежавшим исполнению в стране действия статута. Понятие «смешанных статутов», однако, не было достаточно точным, и в более поздние периоды им часто пользовались для обозначения норм, касавшихся как лиц, так и вещей[2].

21. Обычаи Англии

Наибольшие затруднения при применении статутарной теории возникали тогда, когда приходилось решать, носит ли данная норма персональный или реальный характер. Эти затруднения особенно выявились в отношении так называемого «английского обычая» (*consuetudo Angliae*), т. е. закона о первородстве. Сам Бартол не видел иной возможности разрешения этой частной проблемы, кроме применения метода грубой, буквальной интерпретации. Он доказывал, что решение зависит от расположения слов в статуте. Если статут гласит «первородный наследует недвижимость» («*primogenitus succedat in immobilia*»), то «первородный» является главенствующим (руководящим) словом, и поэтому статут будет персональным; если же в тексте сказано «имущество покойного переходит к первородному» («*bona decedentium veniant in primogenitum*»), то этим подчеркивается слово «имущество» (*bona*), и статут будет реальным. Это решение вопроса высмеивали в течение пяти столетий. Выдающийся ученый Бретани Бертран д' Аржантрэ даже писал: «*Pudeat pueros talia aut sentire aut docere*» (Да будет стыдно даже детям так думать и так их учить), осуждая, таким образом, более крупного ученого, чем был он сам, только за то, что тот не порвал с узкими взглядами своей эпохи[3].

---

[1] Глосса Аккурсия значительно раньше содержала курьезную формулу: *mobilia ossibus inhaerent* (движимое имущество приковано к костям), но там это относится только к нематериальным предметам. См. *Meijers* p. 97, 98.

[2] *Savigny*, System, VIII, p. 122.

[3] Об этом см. *Lainé*, I, p. 154 et seq.

22. *Locus ordinarius*

Бартол и все его последователи, так же, как это делали глоссаторы, обсуждали проблемы международного частного права, ссылаясь на упоминавшийся выше отрывок из *Corpus iuris civilis*, а именно, на начальные слова кодекса, которые в свое время гласили: «*Cunctos populos quos clementiae nostrae regit imperium*» («все народы, управляемые властью нашей императорской милости»)[1] (Cod. I, 1. de S. Trinitate, c. 1). Эта фраза давала основание для толкования в том смысле, что лицо, не подчиненное «милостивой власти» данного суверена, не подпадает под действие какого-либо из его законов. В течение целого столетия цитированный отрывок оставался общим местом разных доктрин о коллизии законов—«*par singerie et indiscréte imitation*» (в силу обезьянничанья и нескромного подражания»), как это было охарактеризовано французским юристом Кокилем в той пренебрежительной манере, с которой ученые авторы XVI века обращались друг с другом. В действительности же такой консерватизм, когда речь идет о вопросе чистой систематики, вполне соответствует тому типичному юридическому методу, по которому развивалась статутарная теория: хотя все то, что великие итальянцы разрабатывали, было ново и не имело своим источником римское право, они все же претендовали на то, что они только развивали нормы, скрывавшиеся в *Corpus iuris*[2]. Каждая их мысль должна была быть подтверждена цитатами из кодекса, Дигест или из *Corpus iuris canonici*[3], хотя бы эти цитаты фактически ничем не подкрепляли их позиции.

23. *Французская школа XVI века*

В XVI веке дальнейшее развитие итальянской статутарной теории выпало на долю французских юристов. Выдающимся среди них был Шарль Дюмулен[4]. Это он, в первую очередь, является создателем доктрины, допускающей, что договари-

---

[1] Лучший вариант: *temperamentum*.

[2] В этом отношении итальянцев можно сравнить с английскими судьями, создающими новое право под видом разъяснения того, что уже является правом.

[3] *Meijers*, loc. cit., p. 84.

[4] Он жил в 1500—1566 гг. Следует отметить, что его выдающиеся качества проявились не только в области международного частного права. Его комментарии к парижским «кутюмам», его настойчивые утверждения о желательности создания единого кодекса для всей Франции и его теория денег, которая, возможно, является основанием современной номиналистической теории,—представляют собою вклад в правовую науку.

вающиеся стороны могут выбрать закон, регулирующий отношения по их договору.

Бертран д'Аржантрэ (1519—1590), поддерживая статутарную теорию, сознательно отклонился от доктрин итальянцев и Дюмулена. Его феодальные взгляды привели его к выводу, что если возникает какое-либо сомнение в том, является ли статутарная норма персональной или реальной или если норма отчасти относится к вещам (вещная) и отчасти к лицам (личная),—она должна рассматриваться как реальная (вещная) норма: «*omnia statuta in dubio realia*» («все сомнительные статуты являются реальными (вещными)». По его теории, персональными статутами являются лишь статуты, трактующие о гражданском состоянии или способности (право- и дееспособности), или о движимом имуществе (он не исследует договоров и правонарушений). Его взгляды на закон о наследовании приобрели особенно существенное значение. В его время продолжался старый спор о том, вытекает ли из доктрины «универсального преемства», разработанной в римском праве, что наследование регулируется одним, и только одним законом, или же по этой доктрине допустимо, что если наследодатель оставляет недвижимость в нескольких странах, то законы каждой страны должны соответственно применяться к недвижимости, находящейся в данной стране.

Верный своей феодальной точке зрения, д'Аржантрэ разрешил вопрос в этом последнем смысле, и это мнение было воспринято не только английским и англо-американским правом (не принявшим римского понятия об универсальном правопреемстве), но даже во многих странах, которые в своем внутреннем законодательстве следовали римскому принципу, как, например, Франция, Бельгия, Австрия.

24. Голландская доктрина Губера и Джона Вут

Доктрина д'Аржантрэ имела свой первый успех не во Франции, а в Нидерландах. Голландские ученые изменили ее, дополнив концепцией суверенитета. Кроме некоторых ученых, таких, как Николай Бургундус (умер в 1649 г.), Христиан Роденбург (умер в 1668 г.) и Павел Вут (умер в 1677 г.)[1], особенно содействовали построению новой доктрины фризиец Ульрих Губер (1636—1694) и сын Павла Вут—Джон Вут (1647—1714)[2]. Губер в своей небольшой статье о конфликте разных законов в различных государствах («De conflictu legum diversarum in diversis imperiis»)[3] установил

---

[1] *Kollewijn, loc. cit.*, pp. 16, 52, 78.
[2] *Ibid.*, pp. 109, 131.
[3] Перепечатано в Böhm's Z. 8, 192. См. также *Davies*, 18, Br. J. B., 49.

три принципа: 1) законы каждого государства действуют внутри территориальных границ этого государства и обязательны для всех его подданных, но не за пределами этих границ; 2) подданными государства являются все лица, находящиеся внутри его территориальных границ, независимо от того, проживают ли они там постоянно или пребывают там только временно; 3) суверены государств в своих действиях руководствуются уважением (*comiter agunt*) к тому положению, что законы каждого народа, после того как они были применены в пределах границ его собственной страны, сохраняют свою силу повсюду, при условии, что власть или права другого суверена или его граждан этим не нарушаются.

Первые два из приведенных выше принципов воплощают доктрину чистой территориальности; согласно строгому праву, юридическая норма может применяться только в пределах страны, в которой она (эта норма) имеет силу. Третий принцип допускает, что экстерриториальные последствия могут быть достигнуты через «международную вежливость».

Джон Вут выражал аналогичные взгляды; он особенно подчеркивал, что принцип территориальности законов применяется даже в тех случаях, когда по традиционной терминологии статут не реальный, а персональный или смешанный.

На первый взгляд может показаться, что эта позиция представляет собой шаг назад, возврат к праву в той его стадии, в которой оно находилось до времен Магистра Алдрика, когда каждый судья обязан был применять исключительно внутренний закон своей страны. Но такой вывод был бы ошибочен. Голландская школа намеревалась установить следующий метод разрешения коллизии законов: каждое государство может свободно устанавливать свои коллизионные нормы по своему собственному усмотрению. Оно может предписывать судьям своей страны вовсе не применять никакого иностранного права или же применять только некоторые нормы, с соблюдением условий, определяемых государством. Этой свободе выбора, предоставляемой государству, ни в какой мере не препятствуют нормы междугосударственного права. Голландские ученые выводили это положение из концепции суверенитета. Ни одно государство, однако, не пользуется этой своей властью в такой степени, чтобы произвольно выбирать право. В этой части правовая мысль XX столетия во всех странах мира следует голландской доктрине: все международное частное право есть национальное право; суверену каждой страны принадлежит прерогатива определять, при каких условиях его судьи должны применять иностранные законы, и не существует ли таких норм международного частного права, которые связывали бы его в этом отношении. Едва ли можно отстаивать также и другие положения,

содержащиеся в голландской доктрине,—в частности концепцию «международной вежливости», которая должна объяснить, почему различные суверены устанавливают нормы о применении иностранных законов,—это положение в последнее время не находит большого числа приверженцев.

25. Германия и Франция в XVII и в XVIII столетиях

Голландские доктрины оказали влияние на таких немецких юристов XVII и XVIII веков, как Кокуой (1644—1719) и Герт (1652—1710). Они, как мы увидим ниже, создают одно из научных оснований английского права. Присоединившись к доктринам французских статутариев, они способствовали развитию новых течений во Франции. В XVIII веке три французских выдающихся практика, адвокаты Фролан (умер в 1746 г.) и Булленуа (умер в 1762 г.) и президент Бургундского парламента Буйе (умер в 1746 г.), не развивая никаких новых основных идей, использовали свое знание юридической практики для того, чтобы дать толчок дальнейшей разработке коллизионных норм в многочисленных делах.

26. Выводы

В настоящей книге не будет дано подробного исследования истории статутарной теории в Италии, Франции, Голландии и Германии. Следует, однако, ясно представлять себе, что так называемая статутарная «теория» по существу не была «одной» теорией с единым определенным содержанием. Такой она может представляться нам, рассматривающим ее с современной точки зрения; так альпинисту, достигшему вершины горы, не удается рассмотреть находящуюся внизу в долине волнистую поверхность, ее проселочные дороги и лесные чащи. В действительности, между одним теоретиком школы статутариев и другим имеются очень существенные различия: различия в терминологии[1], в методе, в вопросах, которые они поднимают, и в предлагаемых ими ответах.

Таким образом, схоластический метод XIV века в руках юристов XVI века уже был чуждым, вышедшим из моды инструментом. Вместе с тем политические взгляды юристов и события соответствующего периода вносили в теорию много изменений[2]. Другим фактором являлось развитие международного публичного права; доктрины Гроция, в частности, широко повлияли на форму, в которой теория была воспринята в Гол-

---

[1] О термине *statuta mixta* (смешанные статуты) см. выше, в конце § 20.

[2] Дюмулен, например, боролся за монархию, против феодализма, против церковной юрисдикции и против провозглашенного церковью запрета взимать проценты по займам. Д'Аржантрэ, комментатор кутюмов Бретани, боролся за сохранение привилегий дворянства.

ландии. И, наконец, распространявшиеся по Европе философские концепции, как, например, доктрина естественного права, не могли не оказать своего влияния на теорию статутариев. Замечание д'Аржантрэ относительно итальянской школы: «*Incerti magistri incertiores lectores dimittunt*» («Ненадежных наставников покидают еще более ненадежные читатели»), в такой же мере применимо к нему самому и к его школе. Однако два момента являются общими для всех теоретиков статутариев, начиная с Бартола и вплоть до XIX столетия:

1. Все они изучают отдельную (частную) юридическую норму как таковую и исследуют вопрос о том, ограничено ли применение этой нормы пределами государства, ее издавшего, или же она в одинаковой мере действует и экстерриториально (вне пределов этого государства).

2. Все они пытаются развивать принципы сверхнационального, сверхпровинциального и сверхместного характера.

4. Английское право в середине XVIII века

27. Английское право раннего периода

В английском праве проблемы коллизионных норм (коллизии законов) не существовало до конца XVII века. Суды применяли исключительно свои собственные (национальные) законы. Практика английских торговых судов не представляла исключения из этого правила, по крайней мере начиная с того периода, когда торговое право стало частью английского общего права (common law)[1]. Вместо коллизии законов в Англии можно найти только «коллизию юрисдикции»[2]: спорный вопрос заключался не в том, какой закон суд должен применить по данному делу, а в том, какой суд компетентен выносить решение по этому делу.

Первые шаги в сторону применения иностранного права выразились в признании решений иностранных судов, основанных на иностранном праве. Уже в 1607 г.[3] английские суды считали, что они, исходя из норм международного права или международной вежливости, обязаны признавать юридическую силу за решениями иностранных судов.

По делу Cottington[4] лорд Ноттингэм объявил: «Мы поступали бы против международного права, если бы не оказывали доверия решениям и приговорам иностранных государств. Ибо какое право имеет одно государство отклонять судебное решение другого? Какой водворился бы беспорядок в христианском

---

[1] *A. N. Sack.*, loc. cit., 375—378.
[2] Ibid., p. 356.
[3] Wiers Case, I Rolle, Abridgmt, 530, 12 (*Sack*, 440, note 292).
[4] (1678) 2 Swans, 326 (*Sack*, 383, 384).

мире, если за границей с нами будут обходиться таким же образом и не будут оказывать доверия нашим судебным решениям?»

Начиная с конца XVII века английские суды, не отказываясь от юрисдикции, отказывались иногда применять английское право и заменяли его законом места совершения акта (*lex loci actus*)[1] или места нахождения имущества (*lex situs*)[2]. В 1752 г. выдающийся судья Симпсон[3] заявил: «Почему наш суд не может принять во внимание[4] иностранное право? В этом не было бы ничего противозаконного». А в 1760 г. лорд Мансфильд разъяснил, что «общее правило», согласно которому «место заключения договора является решающим», «установлено *ex comitate et iure gentium*», т. е. на основе «международной вежливости международного права», и что «это правило допускает исключения в тех случаях, когда стороны имеют намерение подчиниться законам иного государства»[5]. Английские коллизионные нормы, получившие свое развитие начиная с середины XVIII века, носят на себе только незначительные следы влияния доктрин школы статутариев, не считая теорий знаменитых голландских ученых.

5. Первые попытки кодификации (1756—1811 гг.)

28. Баварский и прусский кодексы

Значение, которое голландская школа и ее последователи придавали суверенитету государства как источнику всех норм коллизионного права, побудило континентальные законодательные органы, начиная с середины XVIII века, устанавливать такие нормы и включать их в свои гражданские кодексы.

Первым из серии таких кодексов явился баварский кодекс 1756 г., воспроизводящий общие принципы, установленные статутарными теориями. Этот кодекс замечателен только в одном отношении: он отвергает норму, по которой движимое имущество следует за лицом, и заменяет ее постановлением, в силу которого закон местонахождения имущества (*lex situs*) всегда превалирует; при этом он не делает никакого различия

---

[1] См. дело Blankard v. Galdy (1693) 2 Salk, 411; Dungannon v. Hackett (1702) I Eq. Cases Abridgmt., 289. См. *Sack*, loc. cit. 387.

[2] См. дело Smith v. Brown and Cooper (1706) 2 *Salk*, 666: заключенная в Англии сделка о продаже раба, находившегося в Виргинии; по законам Виргинии договор считался действительным, по английским—недействительным.

[3] По делу Scrimshire v. Scrimshire (1752), 2 Hagg. Con. 395, 416.

[4] Судья из осторожности не говорил о «применении» иностранного права или о «вынесении решения» по иностранному закону.

[5] Дело Robinson v. Bland, 2 Burrow, 1077.

между движимым и недвижимым имуществом и между материальными и нематериальными предметами[1].

Прусский кодекс 1794 г. был значительно более оригинальным и ценным. Он, правда, воспринял много норм статутарной школы и много проблем оставил неразрешенными. Им, в частности, восприняты нормы, касающиеся действительности договоров по существу и порождаемых ими юридических последствий. Но он развил некоторые собственные замечательные нормы. Примером может служить предложенный им метод, по которому в международном частном праве применялся принцип *res magis valeat quam pereat* (сохранения действительности сделки)[2]. Во-первых, если какое-либо лицо имеет два домицилия (что допускается многими континентальными системами)[3], решающим является тот домицилий, по законам которого договор или другой документ считается действительным. Во-вторых, если лицо, имеющее свой домицилий за границей, заключает в пределах прусской территории договор, относящийся к движимому имуществу, находящемуся на этой территории, и если это лицо дееспособно на заключение такого договора по законам своего домицилия, но недееспособно на это по закону места совершения договора (*lex loci actus*), или наоборот, — то в этом случае применяется тот закон, который признает договор действительным. Это очень здоровая мысль, благоприятствующая как цели защиты сделок (*favor negotii*), так и защите торговых сношений.

29. *Французский и австрийский кодексы*

Более существенное значение для развития международного частного права имел французский гражданский кодекс 1804 г. По интересующему нас вопросу он содержит одну только единственную статью. Эта статья, далеко не исчерпывающая и кроме того еще и не совсем ясная, воплощает одну новую далеко идущую норму: она заменяет закон домицилия законом гражданства лица[4].

Последним большим кодексом начала XIX века был австрийский гражданский кодекс 1811 г.; он воспринял французский принцип гражданства как определяющий гражданское состояние лица (статус) и его способность (право- и дееспособность)[5]. За исключением этого принципа скудные нормы

---

[1] Codex Maximil. I. 2; § 17.

[2] Или, употребляя выражение римского права, *«ut res in tuto sit»* (Dig., 45, I, 80).

[3] См. дальше, § 99.

[4] См. дальше § 95.

[5] См. по этому вопросу *Steinlechner und Strisower* в Festschrift zur Jahrhundertfeier des österreichischer Gesetzbuchs, 1911, II. S. 55, 97.

международного частного права, содержащиеся в этом кодексе, не представляют собой ничего замечательного.

6. Доктрины XIX века

30. Введение

В континентальной юриспруденции все с большей и большей ясностью признается, что предпринятая статутарными теориями попытка разрешить все вопросы международного частного права на базе нескольких общих принципов не удалась. Стало очевидным, что большинство отдельных норм, исходящих из этих общих принципов, носило неясный характер и давало повод к серьезным контроверзам. Больше того, поскольку доктрины школы естественного права в XVII и XVIII столетиях являлись основным источником международного частного права, большинство созданных в этот период норм утратило свое влияние, когда исчезло это направление мысли.

На протяжении XIX века международное частное право обязано своим развитием, главным образом, трем лицам: американскому судье, немецкому профессору и итальянскому государственному деятелю.

31. Стори

Американец Джозеф Стори[1] опубликовал в 1834 г. свои известные комментарии к коллизионному праву. Посвятив себя изучению прецедентов и отказавшись от предубеждений псевдонаучных аксиом, он доказал европейским юристам превосходство своего метода интерпретации и разъяснения закона при его применении. В Европе континентальные ученые того времени не привыкли поступать таким образом. Работы по вопросам коллизионного права или посвященные другим связанным с ним правовым темам изобиловали ссылками на доктрины, которые автор либо критиковал, либо одобрял, но ссылки на судебные решения встречались редко и в ограниченных количествах. Это отчасти объяснялось влиянием естественного права, отчасти тем неуважительным отношением к судебным решениям, которое часто проявляли ученые того времени[2]. Стори не построил свою книгу всецело на англий-

---

[1] 1779—1845. О Стори см. *Lorenzen*, 48, Harv. L. R. (1935), 15 et seq.

[2] См., например, что написал в 1810 г. в своем учебнике по уголовному праву выдающийся ученый и юрист Ансельм Фейербах, стр. IX: «Автор полагает, что он поступил разумно, обращая мало внимания на судебные решения; он ненавидит эту литературную праздность, слепо поддерживающую произвол».

ских и американских решениях; он использовал также и труды континентальных авторов — таких, как Ульрих Губер, Вут, отец и сын, и другие голландские авторы, а также труды некоторых французских авторов XVIII века. У них он позаимствовал руководящие принципы, устанавливающие, что нормы коллизионного права составляют часть национального права и что применение иностранного права является вопросом международной вежливости; эти принципы он передал английским юристам. Его многочисленные цитаты из трудов более старых авторов служили, так сказать, украшением, так же, как были только украшением цитаты из *Corpus iuris*, приводившиеся пост-глоссаторами для подтверждения их доктрин. В общем, Стори относился довольно скептически к ценности того, что было написано его предшественниками. Он считал, что их «теоретические расхождения только вызывали праздные дискуссии» и в малой степени служили другим целям и что их «метафизические тонкости усложняли работу исследователей или даже запутывали их». Для сближения спорных позиций Стори избрал метод, противоположный уже знакомому нам методу континентальных ученых. Он избегал установления принципов слишком общего характера; его метод был скорее индуктивным, чем дедуктивным. Его здравый смысл и практический образ мышления вызвали восхищение его работой не только у американских теоретиков права, но также и у английских юристов и судей. Его взгляды в значительной части были восприняты американским правом и в настоящее время твердо установились в судебной практике американских судов[1]. Его достоинства были признаны даже континентальными авторами, включая Феликса, опубликовавшего в 1843 г. трактат о колизионном праве, целиком основывающийся на доктринах Стори и Савиньи.

32. *Савиньи*

В 1849 г. Фридрих Карл фон Савиньи опубликовал восьмой том своей системы римского права, посвященный международному частному праву. Эта работа, написанная семидесятилетним старцем, обнаружила непреклонную творческую силу его гения. Она сделала для развития права — и не только в Германии — больше, чем какая-либо иная работа, посвященная праву как таковому. Почва для Савиньи была в известной мере расчищена. Вехтер, справедливо признанный самым крупным германским

---

[1] Например, норма, по которой право- и дееспособность сторон в договоре регулируется не законом домицилия, а законом места совершения договора (*locus actus*).

юристом всех времен[1], за несколько лет до этого «разодрал на куски» статутарную теорию и «развеял по ветру ее останки»[2]. Метод Сторп, его отказ от построения правовой системы, основанной на теориях естественного права, «богатое собрание материалов»[3], содержащееся в его книге, — все это произвело сильное впечатление на основателя континентальной исторической школы и оказало известное влияние на его работу. Однако исходная точка зрения Савиньи была противоположна взглядам как Вехтера, так и Сторп. Вехтер серьезно предостерегал ученых юристов не смешивать судебную и законодательную точки зрения. Савиньи на это ответил: «То, что он (т. е. Вехтер) определяет как законодательную точку зрения, несомненно, в значительной мере совпадает с судебной точкой зрения в области, которую законодательство в большой степени предоставило научному развитию»[4]. Это замечание имеет исключительно существенное значение для создания юридических норм в этой области права, которая во времена Савиньи была в Англии еще далеко не разработана и еще не определилась. Вехтер полагал, что неполноту норм коллизионного права можно просто «исцелить» сентенцией о том, что суд должен восполнять пробелы путем применения своего национального внутреннего закона[5]. Савиньи решительно отвергал такой узкий взгляд. Он в то же время не одобрил и предложенного Сторп выхода из затруднения, а именно его ссылку на «уважение» между государствами.

Савиньи исходил из того общего положения, что «целесообразно», чтобы по делам, содержащим иностранный элемент, «одни и те же отношения могли ожидать одинакового решения, независимо от того, в каком государстве будет вынесено решение». Поэтому, по его мнению, очень важно иметь в виду существование «м е ж д у н а р о д н о й о б щ н о с т и н а р о д о в, поддерживающих о т н о ш е н и я д р у г с д р у г о м». Он при этом справедливо добавил: «Этот взгляд с течением времени приобретал все более широкое признание под влиянием общей христианской морали и порождаемых ею реальных выгод для всех, кого это касается»[6]. Таким образом, уважение со стороны одного суверенного государства к другому суверенному государству не является единственным или даже первич-

---

[1] *E. Landsberg*, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, III, 2, 386 (1910).

[2] См. четыре статьи в журнале «Archiv f. civilistische Praxis», т. 24, 25 (1841, 1842).

[3] *Savigny*, loc. cit., p. IV.

[4] *Ibid.*, p. 71, note g. (в английском переводе Guthrie).

[5] *Wächter*, loc. cit., 24, p. 265 et seq.

[6] *Savigny* (Guthrie), 68, 69.

ным мотивом, на котором основывается применение иностранного права. Подлинным основанием скорее является выгода, которую такое применение приносит «всем, кого это касается», т. е. как государству, так и отдельным лицам. В этом — одно из принципиальных различий между взглядами Савиньи и взглядами голландских авторов и Стори.

Савиньи также заложил новое основание для постановки исходного вопроса международного частного права. Он уже больше не спрашивал, как это делали теоретики статутарной школы: «какова природа той или иной юридической нормы?» Относится ли она к лицам, вещам или к юридическим документам? Вместо этого он предложил квалифицировать юридические отношения, и его задача заключалась в том, чтобы «установить для каждого правоотношения тот закон, к которому оно по своей собственной природе относится или под который оно подпадает», и таким образом выявить, где данное правоотношение имеет, как он выразился, «свое место»[1] («Sitz»). Он выполнил эту задачу, исследуя почти все категории правоотношений, известных континентальным правовым системам римского происхождения, и определяя «место», куда должен быть отнесен данный вид правоотношений. Правоотношения, чуждые римскому праву или новым правовым системам, основанным на римском праве,—как, например, доверительная собственность (trusts), — не были включены в его исследование, хотя он был хорошо знаком с работой Стори.

Принципы и большинство отдельных норм, установленных Савиньи, были восприняты германской судебной практикой и таким образом стали общим германским правом. Случилось даже так, что некоторые из более старых статутарных норм (содержавших ясные постановления, несовместимые со взглядами Савиньи) были искажены таким образом, чтобы их можно было интерпретировать в соответствии со взглядами Савиньи[2]. Кроме Германии, доктрины Савиньи оказали еще широкое

---

[1] Savigny (Guthrie), 70, 133.

[2] Примером того, как юристы из ясного текста прусского кодекса 1794 г. извлекали смысл, который там никогда не предполагался, может служить толкование ст. ст. 28 и 32 Введения к кодексу. Там сказано, что закон домицилия регулирует движимое имущество (bewegliche Vermögen), а закон места расположения (*lex situs*)—недвижимое имущество. Суды и доктрины девятнадцатого века изменили ясный смысл этих постановлений: норма кодекса, касающаяся движимого имущества, применялась только к движимому имуществу «как к целому», например, ко всему имуществу умершего лица, а не к отдельным движимым вещам, в то время как, наоборот, норма о недвижимом имуществе рассматривалась, как регулирующая только отдельную недвижимость, а не все недвижимое имущество умершего как целое. Таким образом, норма Савиньи по существу заменила собой норму прусского кодекса. См. *Eccius*, Preussisches Privatrecht, I, 59, 66; *Dernburg*, Preussisches Privatrecht, I, 53.

влияние на австрийское, французское[1], итальянское и греческое право и на юридическую литературу. В Англии и Соединенных Штатах Америки Савиньи, в особенности благодаря влиянию Дайси и Вестлейка, стал одним из самых высоких авторитетов, уступая разве только Стори. Его спокойный анализ и практический здравый смысл, проявлявшиеся в каждом его предложении, совершенное отсутствие сухого доктринерства, спокойное течение его аргументации — все это не могло не произвести впечатления на английских юристов и на суды. Больше того, Савиньи был ярым приверженцем превалирующего в английском праве принципа, по которому статус (гражданское состояние) лица должен определяться законом его домицилия, а не гражданства.

Формула Савиньи о «надлежащем месте», которое должно быть найдено для каждого правоотношения, встретило и еще продолжает встречать сильную оппозицию. Указывалось на то, что она представляет собой чистейшую метафору и что она приводит к юридическому «импрессионизму» (Нибуайе). Однако юрист не всегда может приводить доводы, не прибегая к метафорам, и хорошая метафора часто помогает читателю достигнуть того образа мышления, который необходим, чтобы исследовать и взвесить изучаемый предмет. Возможно, правда, что слово «место» (Sitz) слишком неопределенно. Шаг вперед был сделан, когда Гирке, в основном принявший доктрины Савиньи, заменил его термином «центр тяжести», и еще больше, когда Вестлейк, игнорируя какие бы то ни было территориальные элементы, просто говорил о п р а в е, с которым правоотношение «наиболее тесным образом связано»[2]. Ни одно из этих выражений нельзя признать вполне правильным. Но юристы — не математики, они часто вынуждены оперировать понятиями,

---

[1] Особенно на Валери, Деспанье и Бартена. Французские авторы иногда оправдывали свое восхищение Савиньи, утверждая, что они считали, что он французского происхождения. Один выдающийся французский ученый даже считал, что Савиньи «быть может, этому происхождению обязан той ясностью, которой отличаются его произведения».

[2] Связь не всегда бывает «местной» (территориальной). Решение вопроса о том, находится ли лицо, проживающее в Индии, под защитой индусских, магометанских или английских законов, не зависит от места его пребывания. Далее, может случиться, что договор тесно связан с английским правом, но не с Англией. Французские и шотландские коммерсанты, проживающие в Китае в сеттльменте, преимущественно населенном англичанами, заключают договор, подлежащий исполнению в Китае, и подчиняют его английским законам, так, как обычно практикуется их английскими контрагентами в такого рода договорах. Справедливо будет сказать, что английское право по чисто экономическим соображениям является тем правом, с которым такой договор теснее всего связан. [1] См. дальше, 326.

которые не могут быть абсолютно четкими[1]. Понятно, часто возникает сомнение относительно того, где можно найти «место», «центр тяжести» определенного правоотношения, особенно в случаях договорных обязательств и товаров в пути (*res in transitu*). Как бы то ни было, Савиньи указал дорогу настолько далеко, насколько это возможно сделать в общей формуле.

33. *Манчини*

Третьей крупной фигурой в области международного частного права является Паскуаль Станислао Манчини, неаполитанский изгнанник, бежавший в Пьемонт и произнесший в январе 1851 г. в Туринском университете свою известную речь о «Гражданстве как базисе международного права»[2]. В пылких словах, с горячей страстностью южанина он защищал тезис о том, что «разумным базисом» для международного (публичного) права является не государство[3], а нация и принадлежность к ней (nazionalità — гражданство).

Составными элементами гражданства, говорил он, являются ландшафт страны, ее климат, религия, житейские обычаи, язык, расовая принадлежность народа, его исторические традиции, — все это вместе создает духовное единство через общее сознание (coscienza) гражданства. Личные права отдельного индивидуума, считал Манчини, также определяются только его гражданством. Исследование личности возможно только путем исследования гражданства. Эта доктрина была чем-то значительно бо́льшим, чем юридической теорией, и она, в действительности, не ставила своей задачей создать базис для международного частного права. Тем не менее, она главным образом вдохновляла итальянских и французских юристов и была принята как основа для новой, так называемой итальянской теории международного частного права, которая была разработана в Италии Эсперсоном и Фиоре, во Франции — Андре Вейсом и в Бельгии — Лораном. По этой теории каждая правовая система содержит в себе два вида норм: нормы, установленные в интересах частных лиц, и нормы, защищающие публичный порядок (*ordine publico*). Нормы первой группы предполагаются подлежащими применению ко всем лицам, принадлежащим данной стране по своему гражданству (а не

---

[1] Примеры: «давность» при причинении («remoteness» of causation), «эффективный контроль», как основание владения.

[2] Речь Манчини напечатана в его книге «Diritto internazionale, Prelezioni», 1873, p. 5 et seq., см. особенно pp. 27, 35 et seq.

[3] Италия в то время еще не была «государством».

по своему домицилию), где бы эти лица ни находились[1]. Каждое государство обязано, не только из вежливости, но в силу международного права, уважать этот принцип и, следовательно, применять к иностранцам право их собственной страны. Эта теория не была воспринята международным правом, и английская норма, устанавливающая, что значение имеет домицилий, а не гражданство, никогда не рассматривалась, как нарушение международного права. Нормы второй группы, относящиеся к публичному порядку, имеют территориальное действие: они обязывают как собственных граждан государства, так и иностранцев, пока они пребывают в данной стране; они не имеют никакой силы вне пределов страны даже в отношении своих граждан. Савиньи также признавал, что в каждой правовой системе имеются отдельные нормы, которые в публичных интересах должны применяться в пределах территории страны, независимо от того, домицилированы ли лица, которых это касается, в этой стране или нет. Но Савиньи рассматривал такие нормы как аномалию, как исключение из принципов международного частного права. Манчини и его школа рассматривали территориальность всех норм, относящихся к публичному порядку (public policy), как один из двух основных принципов этой области права. Наконец, итальянская школа к двум принципам — гражданства и суверенитета—прибавила еще третий—«принцип свободы», означающий свободу договаривающихся сторон выбирать закон, который должен регулировать их договор.

Итальянская школа оказала значительное влияние на континентальное право. Она, во-первых, расширила концепцию публичного порядка, в особенности во Франции и в Бельгии[2], и, во-вторых, повидимому, способствовала тому, что в некоторых новых кодексах применение права домицилия было заменено применением права гражданства. Правда, как мы уже видели, французский и австрийский гражданские кодексы ввели закон гражданства вместо закона домицилия еще задолго до Манчини. Но итальянский кодекс 1865 г. (на котором, быть может, сказалось влияние идей, подобных идеям,

---

[1] Приверженцы этой доктрины могли бы в ее подтверждение цитировать Монтескье «Дух законов» I; 3. § 14. Он также считал, что существует тесная связь между законами страны—с одной стороны, и религией, житейскими обычаями, климатом, темпераментом и другими естественными качествами народа или страны—с другой. Это, например, относится к нормам о совершеннолетии и достижении половой зрелости, которые могут основываться на опыте, учитывающем физическую зрелость мужчин и женщин.

[2] См. дальше, § 160.

разработанным Манчини)[1] пошел дальше французского кодекса в смысле признания за национальным законом (законом гражданства) решающего значения, во-первых, во всех вопросах наследования, даже в отношении недвижимости, расположенной за границей, и, во-вторых, в отношении договоров, когда обе участвующие в договоре стороны являются гражданами одного и того же иностранного государства[2]. На английское и американское право итальянская школа не имела никакого влияния, и в этом нет ничего удивительного: ее напыщенность, высокопарное провозглашение принципов гражданства, суверенитета, свободы—все это не могло найти отклика у холодных, трезво мыслящих теоретиков.

Возможно, что борьба Манчини (после 1866 г.) за международное соглашение об основных нормах международного частного права имела гораздо более существенное значение, чем его влияние на эту область права. Свою программу он развил в меморандуме, представленном в 1874 г. Институту международного права. Он озаглавил этот меморандум: «О преимуществах возложения на все государства—путем одной или нескольких международных конвенций—обязательства придерживаться некоторых определенных общих норм международного частного права в целях обеспечения единообразного решения коллизий между различными гражданскими и уголовными законами». Его идеи были встречены с энтузиазмом и практически были осуществлены в Латинской Америке (см. ниже, § 42).

34. *Позиция современных юристов*

За последние семьдесят — восемьдесят лет все больше и больше стали сознавать, что создание, часто заманчивыми методами, общих формул не очень полезно и что международное частное право, как и всякая иная область частного права, может быть создано только из обычаев, статутов (законов), прецедентов и из потребностей различных человеческих обществ.

Иногда, однако, какой-нибудь отдельный ученый возвращается к старым воззрениям, утверждая, что сформулированные им принципы основаны либо на международном публичном праве, либо на основных концепциях права (философия права). Два германских ученых, Эрнст Цительман и Эрнст Франкенштейн, представлявшие это течение, не имели после-

---

[1] Это несколько сомнительно.

[2] Disposizioni sulla publ., ст. 8, 9. Эти же нормы можно найти в новом итальянском кодексе 12 декабря 1938 г. (Disposizioni sull'applicazione, ст. 15, 16).

дователей[1]. Оба они внесли ценный вклад при решении отдельных проблем, но ценность этого вклада ни в какой мере не зависит от правильности предложенных ими положений. Французский юрист Пийе добился бо́льших успехов. Его взгляды были восприняты многими молодыми юристами, в частности профессором Нибуайе*, который, однако, многое сделал для их улучшения и внес значительные изменения. Пийе выдвигал следующие две руководящие идеи: он, во-первых, считал возможным проведение резкого различия между коллизионными вопросами, к которым, по его мнению, относятся вопросы, касающиеся приобретения прав,—и проблемами, относящимися к приобретенным правам. Можно спорить о том, полезно ли проводить такое различие, поскольку концепция приобретенных прав недостаточно ясна, Пийе же распространил ее на все виды юридических состояний, действий и правоотношений, как, например, на полномочия, интересы и даже на ограничение в правах[2]. Вторая руководящая идея Пийе заключается в проведении различия между двумя группами юридических норм: нормами «общими» и поэтому безоговорочно применимыми к любому лицу, находящемуся на данной территории (но не вне ее), и нормами «перманентными» (постоянными), т. е. действительными всюду в отношении всех граждан данной страны, но не в отношении иностранцев, другими словами, нормами, имеющими ограниченное действие как территориально, так и экстерриториально. Такое различие между отдельными группами юридических норм напоминает теории статутариев, но в то время как эти теории различали юридические нормы по их субъектам (лица, вещи, документы),—Пийе предлагает в качестве пробного камня для такого различия «социальную цель» норм («leur but social»). Если целью нормы является защита личных интересов, такая норма относится ко второй группе, т. е. к «перманентным» нормам, имеющим экстерриториальное действие. Если же, с другой стороны, социальная цель нормы заключается в защите общих интересов, интересов общества (по выражению Пийе), то такая норма является «общей», т. е. имеет неограниченное территориальное действие. Вряд ли можно отстаивать такое различие. Практически всякая норма частного

---

[1] Против попытки Цительмана построить систему международного частного права на базе принципов международного публичного права см. Герм. верх. суд., Offic. Coll., 95, 165. Франкенштейн даже полагает, что возможно установить «аксиомы a priori»; исходя из этого, английская, датская, норвежская, американская нормы, связывающие гражданское состояние (статус) лица с законом его домицилия, образуют «принудительную привязку» (gewaltsame Anknüpfung), которая, с точки зрения права, считается несуществующей (I, p. 84).

[2] См. выше, § 2.

* См. о Нибуайэ предисловие ред., стр. 5.

права стремится защитить как частные, так и публичные интересы. Пийе приводит много примеров, среди них нормы о недвижимом имуществе и о браке. В отношении первых он утверждает, что их социальной целью является защита интересов общества; социальную цель вторых он видит в личной защите будущих супругов. С одинаковой убедительностью можно утверждать и противное: если бы браки могли законно заключаться детьми или лицами, уже состоящими в браке, или под влиянием угрозы,—это было бы вредно для социальных и религиозных интересов общества; в то же время, норма английского закона о собственности «*nemo dat qui non habet*» («никто не может дать того, что не имеет») защищает собственника и может даже рассматриваться как противодействующая публичным интересам торговых сношений [2].

7. Современное законодательство

35. Влияние французского гражданского кодекса

Из более ранних кодексов, касавшихся вопросов международного частного права, только французский гражданский кодекс 1804 г. оказал сколько-нибудь заметное влияние на позднейшее законодательство[1]. Весьма скудные нормы, содержащиеся в его ст. 3, были восприняты или имитированы почти всеми теми странами, которые создавали свое гражданское право по образцу французского кодекса, как, например, Нидерландами (в 1829 г.) или Румынией (в 1865 г.). Кодексы Италии (1865 г.)[2], Португалии (1867 г.), Испании (1888 г.) и много законов латино-американских государств также были составлены в значительной мере под влиянием французского права, хотя они много полнее, чем их образец.

36. Германский гражданский кодекс

Германия кодифицировала большую часть своего международного частного права во Вводном законе к гражданскому кодексу 1896 г., но намеренно оставила некоторые пробелы, в частности в отношении закона о договорах и квази-договорах, так как в этой области кажется невозможным составить какие-либо удовлетворительные общие нормы. Германское право оказало влияние на законодательство Японии (1898 г.) и Китая (1918 г.). В 1891 г. Швейцария издала федеральный закон, касающийся межкантонального права, а также права, которое должно применяться в отношении иностранцев, проживающих в Швейцарии, и швейцарских граждан, прожива-

[1] Австрийское право оказало влияние на некоторые швейцарские кантональные законы.

[2] О новом итальянском кодексе 1938 г. см. дальше, § 37.

ющих за границей. Этот закон, хотя и дополненный швейцарским гражданским кодексом 1907 г. все еще далеко не полон и его интерпретация сомнительна.

37. *Позднейшие кодексы*

Среди наиболее новых кодификаций международного частного права следует отметить четыре, заслуживающих особого внимания[1].

1) Бразильский гражданский кодекс 1916 г., устанавливающий некоторые замечательные, хотя и не исчерпывающие нормы международного частного права.

2) Два польских закона, оба от 2 августа 1926 г. Один из них представляет собой кодекс международного частного, а другой—частного межпровинциального права. Оба являются законченными актами, причем первый из них даже является первой из европейских кодификаций. Необходимость в кодексе межпровинциального права возникла в связи с тем, что Польша не имела единообразного права[2]. В некоторых частях страны применялся германский гражданский кодекс, в других—австрийский кодекс 1811 г., венгерское обычное право или кодекс 1825 г. вместе со вторым и третьим томом кодекса Наполеона; наконец, в некоторых округах оставалось в силе старое русское гражданское право—Свод законов [4].

3) Италия создала новый гражданский кодекс под воздействием фашистских концепций; первая часть этого кодекса была опубликована 12 декабря 1938 г. Его вводная часть Disposizioni sull'applicazione delle legge включает в себя нормы международного частного права, отличающиеся от норм старого кодекса 1865 г. только в некоторых незначительных частностях.

4) Наиболее новый кодекс—это греческий, опубликованный 15 марта 1940 г., после того как он подготовлялся в течение целого столетия. Его ст. 11 и следующие образуют законченный кодекс международного частного права. Принимая во внимание очень высокий уровень современной греческой юриспруденции*, наиболее выдающиеся представители которой составляли

---

[1] Другие европейские кодексы: а) гражданский кодекс кантона Цюрих (1853 г.), ныне замененный швейцарской кодификацией, заключает в себе шесть очень точных норм о коллизии законов, частично основанных на доктринах Савиньи; б) саксонский гражданский кодекс (1863 г.), отмененный германской кодификацией 1896 г.; в) нормы международного частного права, составленные в маленьком княжестве Лихтенштейн в 1926 г. и в последующие годы.

[2] Только обязательственное право было унифицировано в кодексе от 27 октября 1933 г.

* Автор имеет в виду уровень юриспруденции довоенной Греции (*прим. перев.*).

текст кодекса или участвовали в его разработке,—читатель, занимающийся сравнительным правом, должен изучать греческие нормы с большой тщательностью[1].

38. Страны, не имеющие кодекса

Никаких попыток кодификации международного частного права не было сделано в Скандинавских государствах и в Финляндии, в Советском Союзе, в Британской империи и в Соединенных Штатах Америки.

1. Правом Скандинавских стран и Финляндии является обычное право. Шведские и финские нормы коллизионного права, с одной стороны, датские, норвежские и исландские— с другой, значительно отличаются друг от друга. Начиная с 1931 г. эти пять государств заключили ряд договоров, имеющих своей целью установить известное единообразие норм. Однако это единообразие крайне ограничено, поскольку нормы применяются только в тех случаях, когда все заинтересованные лица являются подданными одного из этих пяти государств[2].

2. Советский Союз и отдельные советские республики составили очень мало норм коллизионного права. Эти нормы относятся к определенным специфическим областям: к морскому праву, чекам, правоспособности иностранных юридических лиц и еще к двум-трем вопросам. Остающиеся, таким образом, пробелы, понятно, не восполняются прежним русским правом [3].

3. Законы Британского общества наций не кодифицированы, за исключением провинции Квебек, где гражданский кодекс 1866 г. содержит несколько норм коллизионного права, извлеченных из французского кодекса. На территориях, где действует английское, шотландское или римско-голландское право, не существует никаких гражданских кодексов, и вплоть до середины XIX века международное частное право там едва ли вообще разрабатывалось. Судебные решения выносились редко[3] и часто отличались нерешительностью и неопределенностью. Никакие доктрины не получили развития, поскольку в Англии не принято, чтобы автор учебника или теоретик взял на себя инициативу в этом отношении. Под влиянием расширявшейся международной торговли и в результате усилившегося перемещения отдельных лиц и групп населения из одной страны в другую (путешествия за границу, обслуживание иностранных отделений торговых и промышленных предприятий, эмиграция) все чаще стали встречаться фактические

---

[1] См. *Maridakis*, Rabel's Z., II, p. III et seq. *Streit and Vallindas*, I, p. 218 et seq.

[2] См. Rabel's Z. 8, 627; 9, 266, 513; 10, 712.

[3] См. выше, § 27, *Holdsworth*, History of English Law, XI, 270.

составы дел с иностранным элементом. Тем не менее английское международное частное право даже и в настоящее время разработано со значительно меньшей полнотой, чем любая иная область английского права[1]. Поэтому, сталкиваясь с этой областью права, суды обычно вынуждены обращаться к иностранным, особенно американским решениям и часто им следовать, а также пользоваться широко известными пособиями, среди которых книга Дайси «Коллизия законов» заняла исключительно выдающееся положение[2].

В 49 правовых системах Соединенных Штатов Америки, коллизионные нормы которых очень схожи с английскими, не существует никакого «кодекса» в подлинном смысле этого термина; имеется только неофициальная кодификация — «Свод правил по коллизионному праву» («Restatement of the Law of Conflict of Laws»), по структуре очень напоминающий кодекс. Этот Restatement является частной работой Американского института права и особенно его докладчика, профессора Гарвардской школы права Джозефа Биль и его консультантов, среди которых фигурируют наиболее известные преподаватели по международному частному праву. Назначение Restatement— «дать систематизированное изложение общего права Соединенных Штатов». Такое назначение продиктовано тем, «что постоянно нарастающие томы судебных решений и многочисленное количество инстанций, в которых эти решения остаются несогласованными, настолько увеличивают неопределенность закона и его неясность, что это может вынудить отказаться от системы общего права, выражающей и развивающей право путем применения судами существующих норм к новым фактическим составам, и может привести к принятию законодательных кодексов с точно сформулированными нормами, если не будет найден какой-либо новый фактор, способствующий уверенности и ясности»[3]. Этот «новый фактор» в форме Restatement представляет собой то, что в средние века называли «speculum»[4]

---

[1] Некоторые английские законы содержат нормы международного частного права, в частности, Закон о завещаниях 1861 г. (Lord Kingsdown's Act), Закон о векселях 1882 г., ст. 72, Закон о браках иностранцев 1892 г., Закон о несостоятельности 1914 г., § 1 и 4, Закон об усыновлении 1926 г., § 8., Закон о компаниях 1929 г., ст. 338, Закон об арбитраже (возмещение иностранцам) 1930 г., Закон об иностранных решениях (на началах взаимности) 1933 г. и некоторые другие.

[2] См., однако, замечания Форстера к книге Дайси, 16, Brit. Y. B. (1935), p. 102.

[3] Restatement, pp. VIII, IX.

[4] В конце IX века в одном из правил, написанных папой Грегором, было сказано: «*melius et verius speculum nuncupari potuisset* (провозгласить—самое лучшее и самое верное зерцало), *Dümmler*, Formelbuch des Bischofs Salomo (Constance), III, 71. См. также «speculum judiciale» *William'a Durantis* (1271).

(зерцало)[1]. Но иногда, хотя и не часто, им на практике пользуются как источником права[1].

39. Международные конвенции

Национальное законодательство в некоторых странах было дополнено международными конвенциями, относящимися к международному частному праву. Заключение такого рода конвенций рекомендовалось еще до Савиньи, а после Манчини (1874) движение в пользу международного регулирования усилилось. Из европейских приверженцев этой тенденции наибольших успехов добился голландский юрист профессор Ассер. Под его влиянием голландское правительство в 1892 г. пригласило главные европейские государства на конференцию с целью достижения соглашения о международной кодификации норм коллизионного права. В Гааге было созвано шесть конференций—в 1893, 1894, 1900, 1904, 1925 и 1928 гг. Великобритания принимала участие в конференциях 1925 и 1928 гг. Однако результаты разочаровали участников этих конференций. Было подвергнуто обсуждению и голосованию много проектов, охватывавших коллизионные нормы о браке, разводе, опеке в отношении несовершеннолетних и попечительстве в отношении взрослых недееспособных, о наследовании и завещаниях, гражданском процессе, банкротстве, признании и исполнении иностранных судебных решений. Некоторые из этих проектов были приняты делегатами конференций, но количество резолюций, введенных в действие, и количество государств, их принявших, было очень незначительным. Кроме того, государства, которые вначале даже ввели у себя эти нормы, впоследствии взяли свое согласие обратно.

40. Гаагские конвенции

Вступили в силу следующие гаагские конвенции:

1. О заключении браков. Эта конвенция в настоящее время признается действительной одиннадцатью странами, а именно: Германией, Данцигом, Италией, Люксембургом, Нидерландами, Польшей, Португалией, Румынией, Швецией, Швейцарией и Венгрией. Франция и Бельгия взяли обратно свое признание[3].

2. О разводе и раздельном жительстве супругов. Эта конвенция, после отказа от нее Швейцарии

---

[1] Автор «Саксонского зерцала» («Saxon Mirror») сказал о своей книге (около 1230 г.): «Этот закон не создан мною, он принесен к нам из далеких времен нашими добрыми предками»; это в известной степени было также и целью Restatement.

[2] См., однако, критический обзор Restatement у *Lorenzen* and *Heilman*, 83 Univ. of Pensylv. L. Rev. (1925), 555; также *Cook*, 33, Yale L. J. (1924) 457; с другой стороны: *De Sloovère*, 41, Harv. L. Rev. (1928) 421.

[3] О мотивах см. §§ 43 и 167.

(в 1929 г.), Германии и Швеции (в 1934 г.), осталась действительной только для восьми стран, перечисленных в п. 1.

3. Об опеке. Сохраняет в настоящее время силу в тринадцати странах: в странах, перечисленных в п. 1, и еще в Испании и Бельгии; Франция отказалась от нее в 1914 г.

4. О последствиях брака. Остается в силе после отказа Франции и Бельгии (соответственно в 1917 и 1922 гг.) только в восьми странах: Германии, Данциге, Италии Нидерландах, Польше, Португалии, Румынии и Швеции.

5. О попечительстве в отношении взрослых недееспособных. Действительна в девяти странах, перечисленных в п. 4, и еще в Венгрии.

6. Наконец, конвенция касающаяся некоторых менее значительных вопросов гражданского процесса, как, например, вручения судебных повесток и обеспечения уплаты судебных расходов. К ней присоединились двадцать две страны. Эта конвенция не будет обсуждаться в настоящей книге.

Великобритания и Россия не ввели в действие ни одной из перечисленных конвенций; ни одна из них не применяется вне пределов Европы.

41. *Женевские конвенции*

Более существенное значение имеют коллизионные нормы, касающиеся векселей и чеков, установленные в Женеве соответственно в 1930 и 1931 гг. Участниками этих конвенций являются двадцать одно европейское государство (Австрия, Германия, Бельгия, Дания, Данциг, Польша, Норвегия, Финляндия, Швеция, Франция, Италия, Испания, Португалия, Люксембург, Нидерланды, Швейцария, Чехословакия, Югославия, Турция, Венгрия и Греция) и пять внеевропейских стран (Бразилия, Колумбия, Эквадор, Перу и Япония). Ни Великобритания, ни один из ее доминионов, а также и Советский Союз не присоединились к этим конвенциям [5].

Наконец, две женевские конвенции от 1923 и 1927 гг., касающиеся условий арбитража и исполнения иностранных арбитражных решений[1], были ратифицированы большинством европейских государств, включая в настоящее время Великобританию и Северную Ирландию[2], а также и некоторыми внеевропейскими странами (Новая Зеландия, Ньюфаундленд и т. д.).

42. *Латино-американские конвенции*

Движение в пользу унификации международного частного права в Латинской Америке достигло бо̀льших успехов, чем

---

[1] *Nussbaum*, 56, Harvard L. R. (1942), 219.

[2] Arbitration Clauses (Protocol) Act, 1924 (14 and 15 Geo. V. c. 39) and Arbitration (Foreign Awards) Act, 1930 (20 Geo. V.), c. 15.

в Европе. В связи с этим следует упомянуть о трех конвенциях:

1) и 2) Два договора о международном гражданском праве и международном торговом праве, заключенные в Монтевидео 12 февраля 1889 г. (пересмотрены 14 марта 1940 г.)[1]. Они были заключены под руководством энергичного уругвайского юриста Гонзало Рамирец. Сторонами-участниками в этих договорах были южноамериканские государства, придерживающиеся принципа домицилия, а именно: Аргентина, Боливия, Парагвай, Перу и Уругвай. Государства, не пожелавшие оставить свою систему определения гражданского состояния лиц по их национальному закону (по закону их гражданства), как, например, Бразилия и Чили, не присоединились к этим конвенциям. Обе конвенции представляют собой исчерпывающую кодификацию международного частного права.

3) Кодекс Бустаманте 1928 г. Он получил название по имени своего автора, широко известного кубинского юриста Антонио Санчец де Бустаманте и Сирвен. Этот кодекс охватывает международное частное право в целом, включая торговое право, уголовное право и процесс. Он был принят в 1928 г. на VI Панамериканской конференции в Гаванне, на которой было представлено двадцать одно государство. С того времени этот кодекс был ратифицирован шестью южноамериканскими государствами (Бразилией, Чили, Венецуэлой, Эквадором, Боливией и Перу)[2] и всеми девятью странами центральной Америки, а также Вест-Индией. Ни одно из североамериканских государств (Канада, Мексика и Соединенные Штаты) не ратифицировало кодекса Бустаманте. Этот кодекс, высоко ценимый одними и резко осуждаемый другими, особенно замечателен тем, что он представляет собой больше чем попытку установить несколько основных принципов. Он содержит очень детализированные нормы, стремящиеся снабдить судью ответом на любой могущий возникнуть вопрос. Первые две книги, трактующие о международном гражданском и торговом праве, состоят из 295 параграфов. Тридцать пять параграфов посвящены нормам о международной собственности, «предмету, который, как до этого казалось, мог быть охвачен одной-единственной нормой». Тем не менее, кодекс Бустаманте не создает подлинного единства коллизионных норм. Ибо один из самых критических вопросов, а именно, вопрос о том, должно ли гражданское состояние (статус) лица (включая брак, развод, опеку, отцовскую власть) определяться домицилием лица или его гражданством,—кодекс просто предоставляет решению отдельных государств[3]. Однако нет оснований

---

[1] См. *Rabel*, 39, Michigan L. R. (1941), 517.

[2] Колумбия—единственное южноамериканское государство, не участвующее ни в конвенциях Монтевидео, ни в кодексе Бустаманте.

[3] *Codigo Bust.*, s. 7.

отвергать соглашение, разрешающее большое количество второстепенных вопросов, только потому, что не согласованы некоторые существенные вопросы.

Следует отметить, что кодекс Бустаманте в известной мере базируется на концепциях итальянской школы. Это особенно проявляется в § 3, по которому все юридические нормы делятся на три группы, соответствующие итальянским принципам «гражданства, территориального суверенитета и свободы»: персональные статуты, следующие за лицом, куда бы оно ни передвигалось, территориальные статуты, обязательные для всех, находящихся на данной территории, и статуты «добровольные» (*leyes voluntarias*) или «частного порядка», применяемые только в том случае, если стороны согласились подчиниться их действию.

43. *Перспективы*

Каковы же в таком случае перспективы действительно «международного» международного частного права?

1. Едва ли будет возможно достигнуть соглашения между странами, применяющими общее право (common law) (Англия, Соединенные Штаты Америки, Австралия и др.), и странами цивильного права. Этому препятствует то простое обстоятельство, что первая группа стран возражает против кодификации.

2. Опыт, накопленный на европейском континенте в связи с применением Гаагских конвенций, особенно конвенций о браке и разводе, внушает объективному наблюдателю некоторый скептицизм. Так, например, Гаагская конвенция о браке предусматривает, что все препятствующие браку запреты, вытекающие из национального закона одной из сторон, должны уважаться всюду, где бы брак ни заключался; ни одно государство не должно пренебрегать таким препятствием, исходя из того, что оно противоречит его собственному публичному порядку. По германскому закону «военные лица» могут вступать в брак только с разрешения военных властей, и это правило применялось в отношении многочисленных немецких дезертиров, бежавших во Францию и в Бельгию и пожелавших там жениться. Текст конвенции лишил французские и бельгийские власти возможности разрешать заключение таких браков на своих территориях. По этой причине эти государства отказались от участия в конвенции. Гаагская конвенция о разводе, в свою очередь, создавала другие опасные положения. Она допускает развод только в том случае, если он не запрещен законом гражданства супругов. Большое количество швейцарских, немецких и шведских женщин, вышедших замуж за итальянских граждан и тем самым приобретших итальянское гражданство и пожелавших затем оставить своих мужей

по каким-либо причинам, создающим по законам Швейцарии, Германии и Швеции основание для развода (измена, жестокость и т. п.),—не имели возможности получить развод, так как он недопустим по итальянскому закону. Швейцария, Германия и Швеция впоследствии денонсировали конвенцию о разводе. Если конвенции, с другой стороны, воздерживались от установления строгих норм или смягчали их какой-либо общей нормой (как, например, ни одно государство не обязано применять нормы, установленные конвенцией, если применение таких норм противно его публичному порядку), они в таких случаях утрачивали значительную часть своей ценности. так как они предоставляли договаривающимся государствам решать по своему усмотрению, насколько широко они могут применять эластичную концепцию публичного порядка.

3. Следует иметь в виду, что не только в Англии, но и в континентальных странах международное частное право представляет собой неразработанный раздел права, значительно менее полный, чем другие разделы, и что поэтому все производившиеся в отдельных государствах законодательные эксперименты в этой области страдают некоторой незрелостью. Богатые воображением рассуждения и произведения ученых никогда не достигнут таких результатов в освещении исследованных случаев, каких достигает накапливающаяся веками судебная практика. В теоретических работах сравнительно несущественные вопросы могут в большей мере выдвигаться на передний план, в то время как вопросы, имеющие практическое значение в деловой жизни, могут быть оставлены без внимания. С этой точки зрения создание синтетического мирового кодекса—юридического эсперанто—должно сегодня казаться недостижимой целью, и, быть может, это никогда не станет желательным.

4. Даже в тех случаях, когда международное соглашение может быть достигнуто в отношении ограниченного круга вопросов, существует опасность, что если не будет образован Международный верховный суд, суды различных государств будут по-разному толковать правила конвенции, и таким образом кажущееся единство права разлетится вдребезги; суды могут проявить особенную склонность к созданию какого-нибудь неопределенного термина в том смысле, в каком он понимается их собственным правом. Видный французский автор Бартен даже одобряет такое положение[1], но его

[1] См. по этому вопросу: *Bartin*, Principes I, 105 et seq.; *Streit Vallindas*, I. 163, note 13; *Vallindas*, Rabel's Z., 7, 170; *Niboyet*, p. 51 et seq.; *Vallindas*, Rev. Darras, 27 (1932) 727—730; *Ténékides*, Revue génér. d. dr. internat. public, 1933, 114 et seq.; Annuaire de l'Instit., 25,II, 305-39. II, 305: *Bioux*, *Brun's* Z., 4, 702; 753; *Joki*, De l'interprétation des trai-

мнение едва ли примиримо с тем фактом, что конвенция представляет собой нечто большее, чем сопоставление двух односторонних деклараций.

5. Несмотря на эти камни преткновения, конвенции об унификации отдельных коллизионных норм нельзя считать совсем бесполезными. Они достигают известного, хотя и очень скромного, успеха по отдельным вопросам, и тот факт, что делаются попытки к достижению соглашения, создает здоровую тенденцию отодвигать на задний план изоляционистскую концепцию, рекомендующую возможно более широкое применение собственного права.

БИБЛИОГРАФИЯ

Catellani, Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi (2-ое изд.) 2 т. 1895, 1902. *Gutzwiller*, Le développement historique du droit internat. privé, 29 Rec. (1929, IV) 291. *Lainé*. Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts, 2 т. 1888, 1892. K. *Neumeyer*. Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus, 2 т. 1901, 1916. *E. M. Meijers*, Bijdrage tot de Geschiedenis van het internat. Privaat- en Strafrecht in Frankrijk en de Nederlanden, 1914. *Meijers*. Histoire des principes fondamentaux du droit int. pr, 49, Rec. (1934, III) 574. *Gutzwiller*, Der Einfluss Savignys auf die Entwicklung des IPR, 1923. *C. G. von Wächter*. In Archiv f. d. civilistische Praxis, 24 und 25 (1841, 1842). *Kramar*, Beiträge zur Geschichte des I. P. R. in Festschrift. Z. Jahrhundertfeier de sösterr. allg. bürgerl. Gesetzbuchs (1911, II) 133, *A. N. Sack* in Law. a Century of Progress (1937), New York, III, 342, et seq. *A. D. Gibb*, 39 Jurid. Rev. (1927) 369, *D, J. L. Davies*, Influence of Huber, 18 Br. Y. B. (1937), 49. *Catellani*, Les maîtres de l'école italienne au 19-me siècle, 46 Rec. (1933, IV) 709. *E. Lorenzen*, 48 Harv. L. R. (1935), 15; 40 Michigan L. R. (1942), 781. *Kollewijn* Geschiedenis van de nederlandse wetenschap van het Int. Pr. R. (1937).

---

tés normatifs d'après la doctrine et la jurisprudence internationales. Paris (1936). См. Герм. верх. суд, Seuffert's Archiv, 85, 137; Гамб. апелл. суд. Rabel's 7. Beiheft I P. Rspr. 1932, 131; 1933, 35; см. дальше, § 133.

Часть II

ЮРИСДИКЦИЯ АНГЛИЙСКИХ СУДОВ

ПОСТАНОВКА ВОПРОСА

44. «Международная» и «местная» (local) юрисдикция

Как мы уже видели, необходимость в выборе одной из нескольких правовых систем большей частью возникает в процессе судебного производства. Поэтому, прокладывая путь к решению этих вопросов, желательно определить условия, при которых суды какой-либо определенной страны обладают юрисдикцией.

От этой проблемы необходимо отличать два других вопроса:

1. Вопрос о том, какой из судов определенной страны, например, Англии, компетентен принимать к своему производству данный конкретный иск. Будет ли это высший суд или один из судов графства и какой именно из этих последних? Должен ли это сделать суд того округа, в котором проживает ответчик, или же суд того места, где был заключен или подлежал исполнению договор, на котором основывается иск? Эти вопросы внутритерриториальной компетенции не имеют никакого отношения к международному праву. Если какой-либо «внутренне» некомпетентный суд, например, тулузский вместо марсельского, принял к своему рассмотрению иск, его решение имеет в Англии ту же силу, как если бы оно было вынесено компетентным судом, если только отсутствие местной юрисдикции по французскому закону не подвергает сомнению действительность такого решения.

В настоящей книге мы касаемся не вопроса о том, какой из судов данной страны компетентен рассмотреть иск, а вопроса о том, суды какой страны обладают этой компетенцией.

Итальянские авторы проводят резкое разграничение между юрисдикцией и компетенцией: вопрос о giurisdizione является международным вопросом о подсудности, вопрос о competenza — внутригосударственным вопросом. Во Франции compétence générale, т. е. юрисдикция страны как целого, обычно противопоставляется «внутригосударственной», compétence spéciale.[1]

[1] *E. Bartin*, J. Clunet, 28, p. 1 et seq. См. *Neuner*, loc. cit., p.6.

45. Юрисдикция иностранных судов

2. Вопрос о последствиях, порождаемых в одной стране в результате судебных действий, имевших место в другой, в частности, вопрос о том, должны ли иностранные судебные решения признаваться и приводиться в исполнение где-либо в другом месте. Этот вопрос, несомненно, является вопросом международного права и будет нами обсуждаться ниже (см. § 231). Но он отличается от проблемы, являющейся предметом настоящей главы. Здесь мы рассматриваем только вопрос о юрисдикции судов страны X, установленной согласно законам этой страны. Ниже мы займемся вопросом о юрисдикции судов страны Y, признаваемой законами страны X[1]. В обоих случаях предметом спора является вопрос о разграничении юрисдикции. Французские юристы в первом случае говорят об о б щ е й н е п о с р е д с т в е н н о й к о м п е т е н ц и и (compétence générale directe), а во втором—об о б щ е й к о с в е н н о й к о м п е т е н ц и и (compétence générale indirecte). К сожалению, вопрос о разграничении юрисдикции в обоих случаях разрешается совершенно различно. Всякое государство склонно допускать для своих собственных судов более широкую юрисдикцию, чем оно готово признать за иностранными судами, и ни одна норма международного права не препятствует установлению такого несоответствия. Ни международные конвенции, ни какое-либо неписаное международное право не устанавливают разграничения судебной компетенции между отдельными государствами, если не считать правил об иммунитете иностранных государств, суверенов и дипломатических представителей[2]. Таким образом, каждая страна может свободно решать, в каких случаях она присваивает себе юрисдикцию (а также, претендует ли она на исключительную или «совместную» юрисдикцию) и в каких случаях она будет признавать иностранную юрисдикцию (и, опять-таки, исключительную или «совместную»).

БИБЛИОГРАФИЯ

R. Neuner, Internationale Zuständigkeit (1929). *A. D. Gibb*, Law of Jurisdiction in England and Scotla d (1926). *Duncan and Dykes*, The Principles of Civil Jurisdiction (1911) (Scott. Law.)

ЛИЦА, ПОДПАДАЮЩИЕ ПОД ЮРИСДИКЦИЮ АНГЛИЙСКИХ СУДОВ

По английским законам любое лицо, будет ли оно британским подданным или иностранцем, может предъявлять иски

[1] См. ниже, §§ 228, 231 и след.
[2] См. ниже, § 47 и след.

и отвечать по искам в английских судах. Это соответствует общему принципу всех современных правовых систем. Французское правило, по которому иски между двумя иностранцами допускаются только в исключительных случаях[1], в Англии не известно.

46. «Враждебные» иностранцы

1. Любое лицо может предъявить иск. В противоположность большинству континентальных законов, английский закон не требует, чтобы истец-иностранец вносил обеспечение уплаты судебных расходов (*cautio judicatum solvi*)[2]. Однако английские суды, опять-таки в противоположность континентальным судам, не обладают юрисдикцией на рассмотрение иска, предъявленного враждебным иностранцем.

Враждебным иностранцем считается[3]:

1) Всякое лицо, являющееся гражданином вражеской страны, за исключением тех случаев, когда такое лицо с разрешения короны проживает в Великобритании или (повидимому) в союзной или нейтральной стране[4]. Требуется ли в последнем случае разрешение суверенной власти этих стран? Вероятно, нет.

2) Британский подданный или подданный союзного или нейтрального государства, если «он добровольно проживает или ведет какие-либо дела на вражеской территории»[5]. Территория, оккупированная врагом, рассматривается как враже-

---

[1] Гражданский кодекс, ст. 14, 15. См. *Pillet*, Traité prat., I, 394 et seq.

[2] Суд, однако, может по своему усмотрению заставить любого истца, будь он иностранец или британский подданный, представить такое обеспечение, особенно если истец постоянно проживает вне Англии. Rules of the Supreme Court, Order 65, 4, 6. 6A; 6B; Republic of Costa Rica v. Erlanger (1876), 3 Ch. D. (C. A) 62, 68; The Newbattle (1885), 10 P. D. C. A.), 33. Обязательство иностранцев представлять обеспечение существует во Франции, Германии, Австралии и во многих других странах. Гаагская конвенция 1905 г. о гражданском процессе (ст. 17) отменила это обязательство в отношении граждан государств, присоединившихся к этой конвенции, если заинтересованное лицо проживает в одном из этих государств и предъявляет иск в суде другого государства.

[3] Определение этого понятия, содержащееся в Законе о торговле с врагом (The Trading with the Enemy Act) 1939 (6 and 7 Geo VI c. 89), § 2, здесь не применяется.

[4] In re Mary Duchess of Sutherland (1915) 31 T. L. R. 394, Janson v. Driefontein Consol. Mines Co (1902) A. C. 484, 505, 506. Недостаточно, если это лицо ведет торговлю в нейтральной стране, The Hypatia (1917), p. 36; The Clan Grant (1915), 31, T. L. R. 321; The Flamenco (1915), 32 T. L. R. 53.

[5] Porter v. Freudenberg (1915), I K. B. (C. A.) 857, 869, Johnstone v. Pedlar (1921), 2 A. C. 262, Princess Thurn and Taxis v. Moffitt (1915), I, Ch. 58.

ская, если враг обладает «эффективным контролем» и «в какой-либо форме осуществляет управление или административный контроль на этой территории». Более слабая оккупация, только «в связи с военными операциями», недостаточна для признания территории вражеской[1].

Так же, как враждебный иностранец не может искать по суду, он не может предъявить встречного иска в случае предъявления к нему иска, но он вправе защищаться зачетом, поскольку это является только возражением против иска.

47. *Иммунитеты*[6]

II. Иск может быть предъявлен против любого лица. Исключения из этого положения установлены, согласно международному праву, в отношении иностранных государств, иностранных суверенов и дипломатических представителей иностранных государств. Некоторые государства, однако, в отношении предоставления иммунитета от юрисдикции пошли дальше, чем они это обязаны делать в силу международного права. В Великобритании международное право, составляющее часть общего права, дополнено законом о дипломатических привилегиях (Diplomatic Privileges Act) 1708 г.[2], дополненным в свою очередь в 1941 г.[3] Следующие нормы считаются общепризнанными[6].

48. *Государства*

Иммунитет предоставляется: 1) Иностранным суверенным государствам. Несуверенные государства, например, государства—члены какого-нибудь федерального государства (Пруссия,

---

[1] Sovfracht v. Van Udens Sheepvaart en Agentuur Maatshappij (1943) A. C. 203, 211. Лорд Райт противопоставляет страну, только «вражески оккупированную», стране, «вражески покоренной». Лорд Портер подчеркивает, что невозможно дать ответ, применимый ко всем подобным случаям; «решение зависит от характера оккупации, о котором можно судить в зависимости от длительности, степени осуществляемого (врагом) контроля и пределов, в которых прежнее правительство заменено» (ibid. at p. 240). См. In re Anglo-Internationale Bank (1943) I Ch. (C. A.) 233, 238, 240. По делу The Pamia (1943) I A. E. R. 269, бельгийская компания, имевшая свой домициллий в Бельгии, возбудила в английском суде дело до вторжения немцев в Бельгию, но перевела свою главную контору в Соединенные Штаты (после вторжения). Суд постановил, что эту компанию нельзя рассматривать как враждебного иностранца.

[2] (7 Anne, c. 12). Этот закон является только декларативным актом общего права; Novello v. Toogood (1823) I B. and C. 554, 562; In re Suarez (1918) I Ch. (C. A.) 176, 192. См. *J. M. Jones*, J. Comp. Leg. 1940, 19.

[3] 4 and 5 Geo. VI, c. 7. Этот закон распространяет иммунитет иностранных послов на членов правительств иностранных держав, если эти правительства образованы в Соединенном королевстве, и на других определенных лиц. См. также War Damage Act, 1943 (6 and 7 Geo VI c. 21), s. 78.

кантон Берн, Коннектикут)[1], не изъяты из юрисдикции; они не способны осуществлять какие-либо суверенные права в международной сфере. Иммунитетом пользуются только те государства, в отношении которых это право было признано в Англии. Если суд сомневается в положении ответчика как суверенного государства, он может обратиться за информацией в министерство иностранных дел, и такая информация является решающей[2]. Признание суверенности государства нельзя смешивать с признанием правительства. Это последнее обстоятельство относится к вопросу о том, кто вправе действовать от имени государства.

Часто случается, что государство создает, например, для торговых целей, какое-либо самостоятельное юридическое лицо, формально отличное от государства, но фактически, если проникнуть за завесу, скрывающую это лицо, тождественное с государством. Примерами могут служить некоторые единоличные корпорации[7] — например, главный почтмейстер — и очень многие компании, находящиеся под государственным контролем, в которых государство владеет всеми или фактически всеми акциями. Такая корпорация не пользуется иммунитетом государства[3].

Государственный иммунитет охватывает собой всякое государственное имущество. Даже иск, относящийся к недвижимостям, принадлежащим иностранному государству, но расположенным в Англии, не может быть принят английским судом. В этом отношении английский закон отличается от французского и от многих других континентальных законов[4]. Иск также не может быть предъявлен против судна, принадлежащего государству или даже находящегося временно в его владе-

---

[1] См. решение Колмарского апелляционного суда по делу Dorr v. the Brazilian State Céara, от 1 июля 1928, в Brun's Z. I. 2, p. 217.

[2] См., например, Duff Development Co. v. Government of Kelantan (1924) A. C. 797, 805; Bank of Ethiopia v. National Bank of Egypt (1937) 3 A. E. R., 8, The Arantzazu Mendi (1939) A. C. 256, 264. См. Engelke v. Musmann (1928) A. C. 433, 442. В этом отношении английское право отличается от многих других систем. Немецкий суд, например, не связан информацией, получаемой от правительства, см. решение в Brun's Z I, 2, p. 204.

[3] Американские дела: New York Distr. Court in United States v. Société Commerciale des Potasses d'Alsace (1929) 31 Fed. Rep. 2-я сер. 199, Ulen and Co. v. Bank Gostpodarstwa Krajowego (N. York, Suapr. C.) в 36 American J. (1942) 695, в Hafiz Habib-ul-Heq v. Gaekwar Baroda State Railways (1938) 107, L. J. P. C. 46. Юридическая комиссия тайного совета признала, что иск фактически, хотя и не по форме, направлен против суверена, так как ответчики не были самостоятельным юридическим лицом (государственные железные дороги). См. *Keith*, 50 Jurid. Rev. (1938) 179.

[4] *De Lapradelle*, Rev. Darras, 1910, 784.

ний[1]. Сомнительным остается вопрос о том, распространяется ли иммунитет исключительно на действия государства, совершаемые им при осуществлении его суверенных прав (*acta iure imperii*), или же он распространяется также и на действия, совершенные государством в силу его частной правоспособности, как, например, торговые сделки или обязательства, возникающие из правонарушений (*acta iure gestiones*). Бельгия, Италия, Швейцария и Голландия в последнем случае не предоставляют иммунитета. Английское и германское право восприняло более широкую точку зрения[2]. Заключенная 10 апреля 1925 г. в Брюсселе конвенция (дополненная в 1934 г.) исключила из-под действия иммунитета принадлежащие государству торговые суда и их грузы, но эта конвенция ни в одной стране не вступила в силу и не была ратифицирована Великобританией[8].

Примечание редактора. Вопрос о том, пользуется ли иммунитетом государство «непризнанное» или государство, с которым нет дипломатических отношений, а также вопрос об иммунитете государств, входящих в состав федерации, или вопрос об иммунитете «государственных» юридических лиц—не решаются так просто, как это изображает Вольф; здесь имеется большая противоречивая практика.

Укажем на решение федерального суда США по южному округу Нью-Йорка от 5 июня 1931 г. по делу об иске Банка Франции, направленном на виндикацию советского золота, вывезенного в США. В этом решении была признана неприкосновенность имущества Госбанка СССР, невзирая на то, что Госбанк—юридическое лицо и что между СССР и США тогда не было дипломатических отношений. Это решение говорит против утверждений Вольфа.

49. *Главы государств*

2) Иммунитет, далее, предоставляется суверенам и другим главам суверенных государств, как, например, президенту республики. Они сохраняют свой иммунитет даже в отношении действий, совершаемых в силу своей частной правоспособности. Так, например, султан Джохорский, проживавший в Англии под именем Бекер, обещал жениться на английской жен-

---

[1] The Parlement Belge (1880) L. R. 5 P. D. 197. The Jupiter (1924) P. 236. The Cristina (1938) A. C. 485. The Arantzazu Mendi (1939) A. C. 256. О судах, временно реквизированных иностранным государством, см. The Porto Alexandre (1920) P. 30; The Tervaete (1922) P. 259, The Cristina, loc. cit.

[2] См. по этому вопросу: *van Praag*, Rev. Ghent., 1934. 562, 1935. 100, *Brokfield*, J. Comp. Leg., 1938, I; *Brinton*, American J., 1931, 50; *Feller*, ibid., 83; *Fox*, ibid., 1941, 632; *G. H. Hackworth*, Digest of International Law, II (1941) 480 et seq.; *F. A. Mann*, 59 L. Q. R. (1943) 46. Ирландское решение (по делу Zarine v. Owners of S. S. Ramara (1942) Ir. Rep 148, 165) признает иммунитет только за государственными кораблями, «предназначенными для публичного пользования» («publicis usibus destinata»).

щине, и к нему нельзя было предъявить иск о нарушении обещания жениться[1].

50. Дипломатические представители

Наконец, иммунитетом наделены дипломатические представители иностранного государства, например, аккредитованные при короле послы. Торговые агенты[9], например, консулы, не пользуются иммунитетом, если иное не установлено международным договором[2]. Не пользуются также иммунитетом на британской территории послы, аккредитованные не при английском короле, а при правительстве какого-либо иного государства. В Великобритании и в большинстве других стран иммунитет дипломатических агентов распространяется также и на частную сферу их деятельности—на договоры и правонарушения[3]. По делу Amazone[4] жена советника бельгийской миссии в Лондоне вызвала судебной повесткой своего мужа, оспаривая у него право собственности на моторную яхту, находившуюся в его владении; суд признал, что иск против такого дипломатического представителя не может быть принят к рассмотрению. Английский закон не разрешает английским судам принимать даже иски, касающиеся недвижимостей, расположенных в Англии[5], и предоставляет эти привилегии дипломатическим представителям иностранного государства даже в тех случаях, когда эти агенты являются британскими гражданами (так называемые agents regnicoles—агенты-туземцы). В обоих этих отношениях эти положения отличаются от большинства континентальных законов[6]. Поскольку дипломатический представитель наделяется иммунитетом «для того, чтобы он мог вести дела своего суверена»,—этот иммунитет распространяется также и на его «личную семью», т. е. на его жену и детей, проживающих с ним, и на его «дипломатическую семью» (советников, секретарей, чиновников) и даже на его домашних слуг[7]. Однако эти члены «свиты» сами по себе не обладают правом на иммунитет,—это право принадлежит послу или другим пред-

[1] Mighell v. The Sultan of Johore (1894) I. Q. B. (C. A.), 149. Во Франции существуют разногласия по вопросу о том, распространяется ли иммунитет на частные действия суверенов. См. *Pillet*, Traité prat. I, p. 374.

[2] См. Cour d. Cass., *J. Clunet*, 1927, 408, 1929, 1043.

[3] Итальянские суды часто придерживались более узкой точки зрения: Rév. di dir. internaz. 9 (1915), 215; 14 (1924), 173; 23 (1931), 563.

[4] (1939) P. 322; (1940) P. (C. A.), 40.

[5] Против этого германский закон Gerichtsverfassungsgesetz от 1924 г., s. 20.

[6] Macartney v. Garbutt (1890) 24: Q. B. D. 368. См. Morelli; Riv. d. dir. int. 26 (1934) 42.

[7] Engelke v. Musmann (1928) A. C. 433. Исключение из иммунитета допускается в отношении домашних слуг (по английскому закону от 1708 г.), если они занимаются торговлей.

ставителям, которые могут им пользоваться или отказаться от него без их согласия[1].

51. Иммунитет не освобождает от ответственности

Иммунитет иностранных государств, суверенов и дипломатических представителей включает в себя иммунитет от местной юрисдикции, а не иммунитет в отношении юридической ответственности. Если, например, дипломатический агент при неосторожном вождении автомобиля причинил увечье какому-либо лицу, он обязан возместить причиненный ущерб, хотя к нему и нельзя предъявить судебный иск. Если он добровольно производит платеж, он не делает дара, а только исполняет правовое обязательство, и он, следовательно, вправе получить соответствующее покрытие от своего страховщика[2].

52. Отказ от иммунитета и прекращение иммунитета

Иностранное государство, его суверен и его дипломатические агенты могут отказаться от своих привилегий и подчинить себя юрисдикции суда[3]. На такое подчинение дипломатический представитель должен получить согласие своего суверена[4]. Но презюмируется, что его заявление об отказе соответствует данным ему инструкциям[5]. Согласие на подчинение может быть либо прямо выражено, либо может подразумеваться. Подчинение юрисдикции суда подразумевается, когда государство, суверен или посол предъявляет иск в этом суде. Такое подчинение, однако, понимается ограничительно только в отношении данного отдельного иска и, повидимому, исков, относящихся к тому же предмету спора; оно не распространяется на встречную претензию, не связанную непосредственно с основной претензией[6].

Иммунитет прекращается в отношении иностранных суверенов, когда они отрекаются от престола или когда они свергнуты с него, а в отношении дипломатического представителя,—когда его функции закончены и по истечении разумного срока, необходимого для ликвидации дел его посольства и приготовлений для выезда из страны[7].

---

[1] R. v. Kent (1941) I K. B. 454.

[2] Dickinson v. Del Solar (1930) I K. B. 376.

[3] Taylor v. Best (1854) 23 L. J. C. P. 89, 93.

[4] In re Republic of Bolivia Exploration Syndic. (1914) I Ch. 139. In re Suarez (1918) I Ch. (C. A.) 176, 191—194.

[5] In re Suarez, loc. cit.

[6] South African Republic v. La Compagnie Franco-Belge du Chemin de Fer du Nord (1898), I Ch. 190.; см. Герм. верх. суд. Offic. Collect. III, 380.

[7] Magdalena Steam Navigation Co. v. Martin (1859), 2 E. and E. 94, III; Musurus Bey v. Gadban (1894) I. Q. B. 533, 541; см. Sir C. Hurst, loc. cit., 237.

БИБЛИОГРАФИЯ

Sir C. Hurst, Les immunités diplomatiques, 12 Rec. (1926, II) 419. *G.G. Phillimore*, Immunité des Etats au point de vue de la Juridiction, 8 Rec. (1925, III) 417. *Fitzmaurice*, State Immunity, 14. Brit. Y. B. (1933) 101; *Brookfield*, J. Comp. Leg. (1938, I), 19. Brit. I. B. (1938) 151. *F. A. Mann*, 59, L. Q. R. (1943) 42. *Lourie*, 42. Michigan L. R. (1943) 516.

РАЗГРАНИЧЕНИЕ КОМПЕТЕНЦИИ СУДОВ. ОСНОВНЫЕ НАЧАЛА

В этом разделе дается ответ на вопрос: в зависимость от каких обстоятельств ставит данное государство компетенцию своих судов? Определяется ли компетенция гражданством обеих спорящих сторон или одной из них, или их домицилием, или постоянным местом пребывания, или их присутствием в пределах страны, или же местом исполнения обязательства, являющегося предметом спора?[1]. На этот вопрос каждое государство отвечает в соответствии с позицией, занимаемой им в отношении основной цели его юрисдикции.

53. *Юрисдикция, имеющая своей целью защиту граждан*

1) Одна страна может считать, что основной задачей ее судов является обслуживание своих собственных граждан и что они не должны обслуживать вовсе или должны обслуживать только в исключительных случаях граждан иностранных государств. Такова исходная позиция французского права[2]. Французские суды всегда обладают юрисдикцией, если только истец — французский гражданин, — даже в том случае, если ответчик — иностранец, который не имеет во Франции ни домицилия, ни постоянного пребывания, ни временного присутствия, и даже тогда, когда обстоятельства, на которых основан иск, не имеют никакого отношения к Франции.

Если иностранец хочет предъявить иск к французскому гражданину, ответчик всегда может потребовать, чтобы этот иск был предъявлен во французском суде. В этом случае Фран-

[1] Вопрос о последствиях судопроизводства в иностранных судах, в частности, об иностранных судебных решениях, обсуждается дальше в § 230 и след.

[2] Французский гражданский кодекс, ст. ст. 14 и 15, гласит: ст. 14— «Иностранец, даже не находящийся во Франции... может быть вызван во французский суд для выполнения обязательств, заключенных им в иностранном государстве с французом». Ст. 15—«Француз может быть привлечен к французскому суду по обязательствам, заключенным им в иностранном государстве с иностранцем». Об интерпретации этих неясных статей см. *Pillet*, Traité prat. I, 354, *Niboyet*, Mannuel, p. 884 et seq.

ция требует исключительной юрисдикции, даже тогда, когда основные обстоятельства ни в какой мере не касаются Франции, и независимо от домицилия и постоянного пребывания спорящих сторон. Наконец, если обе спорящие стороны—иностранцы, французские суды, по действующей норме, компетентны принять к своему рассмотрению их спор[1]. Эти «непомерные и нетерпимые правила»[2] всюду встретили суровую и хорошо обоснованную критику. Они установили между французскими гражданами и иностранцами неравенство в духе шовинистической позиции авторов гражданского кодекса; это неравенство едва ли может быть оправдано какими-либо разумными социальными или экономическими соображениями. Италия также основывает свои нормы о юрисдикции главным образом на гражданстве, но избегает преувеличений, допускаемых французским правом[3].

54. *Юрисдикция как средство развития собственного права*

2) Можно допустить, что какая-либо страна усматривает задачу своих судов в применении и развитии своего собственного права[4]. В этом случае суды этой страны принимали бы к своему рассмотрению такие иски, и только такие иски, которые, согласно их коллизионным нормам, регулируются внутренним правом суда. Ни один суд, однако, не принял такой нормы, и это правильно. Несомненно, что между разграничением юрисдикции и подлежащим применению законом существует тесная связь. Включенное в договор условие о том, что любой спор, могущий возникнуть из этого договора, подлежит разрешению судами определенной страны, часто рассматривается как подразумеваемое подчинение праву данной страны: *«qui eligit iudicem eligit ius»* («кто выбирает судью, тот тем самым выбирает и закон»)[5]. Больше того, когда договор регулируется английским законом, английский суд может по своему усмотрению разрешить послать уведомление или судебную повестку отсутствующему отчетчику и таким образом принять на себя

---

[1] Однако из этого принципа допускается много исключений, разработанных судебной практикой. См. *Pillet*, loc. cit, I. 394.

[2] *Niboyet*, Manuel, p. 888. См. дискуссию во французском «comité de droit internat. privé», напечатанную в Trav. d. Com. franç., III (1937) 43 et seq.

[3] Cod. di procedura civile, ст. 105, 106 (дает повод для многих разногласий). См. *Udina*, Elementi, p. 69 et seq.

[4] Эту точку зрения разделял *von Bar*, II, 427, а также Институт международного права, Annuaire, I. 125, 126. Она преобладала в английском праве вплоть до XVIII века. См. выше, § 27.

[5] См., например, Германский верховный суд Jur. W. 1906, 452 и 1928, 1197. Решение Баварского верховного суда в Rabel's Z. Beiheft II P. Rspr., 1934, 45.

юрисдикцию[1]. Но эту связь между применяемым законом и юрисдикцией не следует преувеличивать или, как предостерегал Савиньи, «не следует предполагать, что она достигает полной тождественности»[2].

55. *Юрисдикция и интересы сторон*

3) Практически все современные законы, касающиеся юрисдикции, принимают, как исходное положение, к о л л и д и р у ю щ и е и н т е р е с ы сторон и, особенно в делах о гражданском состоянии, принимают также во внимание соответствующие п у б л и ч н ы е и н т е р е с ы.

а) Интересы истца заключаются в том, чтобы предъявить иск в суде той страны, где он может разумно рассчитывать на принудительное исполнение решения, которого он надеется добиться. Совершенно очевидно, что это не всегда будет страна, гражданином которой является ответчик. Немец, покинувший Германию и поселившийся в Америке, может не иметь в Германии никакого имущества и быть, вероятно, более уязвимым в Америке. Таким образом, юрисдикция будет предоставлена судам той страны, в которой ответчик обычно пребывает или в которой он хотя и не пребывает, но имеет какую-либо собственность, на которую кредитор мог бы наложить взыскание. В случаях, когда претензия предъявляется к движимому или недвижимому имуществу, разрешение спора судами местонахождения имущества (*forum situs*) было бы наиболее целесообразным. В тех случаях, когда истец добивается судебного запрещения, разумно будет избрать местом судебного разбирательства одно из тех мест, в котором ответчик скорее всего может совершить те действия, которые предполагается предотвратить. Дайси правильно говорит о «принципе эффективности»[3], как определяющем границы юрисдикции судов. Истец, далее, не только желает получить эффективное судебное решение; в его интересах также, чтобы его иск был принят к рассмотрению судом, легко для него доступным, то есть судом той страны, в которой находится он сам и его свидетели или до которого они могут добраться без каких-либо затруднений.

б) Однако этот последний интерес истца не встретит защиты в тех случаях, когда он находится в противоречии с и н т е р е с а м и о т в е т ч и к а. В таких случаях интересы ответчика (рассмотрение дела в суде, легко доступном для

[1] Rules of the Supreme Court Order XI, r. I. (c) (iii), ср. также Order. XI, r. I (d) (осуществление права доверительного собственника, основанного на письменном документе, который должен быть исполнен в соответствии с английским правом).
[2] *Savigny*, VIII, § 360; I, § 361, note k.
[3] Dicey, p. 30.

него и его свидетелей) должны превалировать; это следует из того общего положения, что ответчик может претендовать на большую защиту, чем его противник. Закон поэтому не может позволить истцу выбирать суд, исходя только из своей личной выгоды.

Принцип *actor forum rei sequitur* (истец следует суду ответчика) справедливо признан повсюду[1]. Домицилий, место постоянного или временного пребывания ответчика, а не истца, является критерием для определения компетенции суда на принятие дела к своему рассмотрению.

56. Юрисдикция и соглашение сторон

в) Каждая страна регулирует детали юрисдикции своих судов специальными правилами; нигде решение этого вопроса не было полностью предоставлено на усмотрение суда. Так как строгость этих норм может во многих случаях повлечь за собой некоторую несправедливость, все правовые системы разрешают сторонам выбирать юрисдикцию любой страны путем соглашения, заключаемого либо до, либо после возникновения спора. Такое соглашение подразумевается, когда ответчик подчиняется судебным действиям суда, который при иных условиях не обладал бы юрисдикцией для их совершения. Больше того, английское право—в противоположность континентальным системам—дополнило строгие нормы, предусмотрев определенные случаи, в которых суду предоставлено право по своему усмотрению принимать на себя юрисдикцию по просьбе истца или же приостанавливать иски по просьбе ответчика.

57. Юрисдикция и публичный интерес

г) Публичный интерес связан с делами, затрагивающими гражданское состояние какого-нибудь лица. К числу таких дел, например, относятся иски о разводе, о расторжении брака, о судебном разлучении, об объявлении брака законным или недействительным. Некоторые правовые системы включают в эту категорию также и вопросы о праве собственности на землю: «*omnis fundus patriae pars*» (всякая земля есть часть отечества). Во всех этих случаях закон определяет соответствующий суд, устанавливая нормы принудительного характера и не разрешая сторонам выбирать суд по соглашению[2].

---

[1] За исключением французского и итальянского права. См. выше, § 53.

[2] Hyman v. Hyman (1929), P. 50 (per Scrutton L. J.); «Бракоразводный суд не действует, как это делают другие суды по одному только согласию или признанию сторон». То же относится ко всем континентальным системам. См., например, французский гражданский кодекс, ст. 235; германский кодекс гражданского процесса, § 606 и след.

В тех случаях, когда предметом судебного разбирательства является гражданское состояние, соответствующий суд следует найти в центре, где протекает жизнь заинтересованного лица, т. е. либо в месте его постоянного жительства (домицилия), либо его обычного пребывания. Иски, касающиеся прав на землю, относятся к компетенции судов места расположения имущества.

БИБЛИОГРАФИЯ

H. C. Gutteridge, Le conflict des lois des compétence judiciaire, 44 Rec. (1933, II) 115; *Gutteridge*, 19 Brit. Y. B. (1938), 19 (Rev. Ghent. 1938, I).

АНГЛИЙСКИЕ НОРМЫ ЮРИСДИКЦИИ. ДВА ВИДА ИСКОВ

58. Иски in rem и in personam

Английское право проводит различие между исками *in rem* и исками *in personam*. Хотя оба эти термина римского происхождения, но их смысл отличается от значения тех же слов в римском и в современном континентальном праве[1]. В римском праве *actio in personam* обозначало иск, возникающий из обязательства (из договора, правонарушения и т. д.); *actio in rem* обозначало иск, защищавший вещное право (*ius in rem*) как, например, право собственности, сервитуты или залог[2]. Современные законы также говорят об actions personnelles или réelles, dinglicher или persönlicher Anspruch, таким образом подчеркивая вид права, из которого иск возникает.

Английские юристы называют исками *in personam* все те иски, целью которых является «определение прав» сторон *inter se* (между ними) в отношении предмета спора[3]; при этом нет никакой разницы, вытекают ли эти права из обязательства (договора, правонарушения) или из *ius in rem* (вещных прав); иск собственника о выдаче движимого имущества, задержанного ответчиком, или о возврате земельного участка, или другие судебные действия истца, направленные к урегулированию вопросов о праве между сторонами—все это считается исками *in*

---

[1] Английские юристы, однако, часто употребляют эти выражения, «не придавая им какого-либо определенного значения»; судья Блекберн в деле Castrique v. Imrie (1870) L. R. 4, H. L. 429.

[2] Примерами actiones in rem были *rei vindicatio, actio negatoria, actio confessoria, actio Publiciana, hereditatis petitio*, Jnst. 4, 6, 1 et seq. Непосредственным предметом *actio in rem* была вещь (*res*) сама по себе, независимо от лица, владевшего ею. В классическую эпоху имя ответчика (большей частью) не содержалось в *intentio* (обвинении) и на нем не лежала обязанность защищать вещь—*defendere rem* (См. Dig. 50. 17. 156 pr.: 6. I. 80). В случае *resindefensa* (незащищенной вещи) он обязан был сдать вещь без решения о праве на нее (*ius in rem*).

[3] *Vaisey* and *Meyer* in Halsbury, XIII, p. 405.

personam. Было правильно отмечено, что предпочтительнее все такого рода иски называть исками *inter partes* (между сторонами)[1].

С другой стороны, исками *in rem* считаются все те иски, целью которых является получение решения, имеющего силу в отношении любого лица. Некоторые из таких решений носят правообразующий характер, поскольку они создают новое правовое положение или прекращают существовавшее положение, как, например, приказ о разводе, решение об отозвании патента или приказ об освобождении банкрота от дальнейшей ответственности. Другие решения носят чисто декларативный характер, например, решение, устанавливающее действительность завещания, ничтожность брака[2], или законнорожденность лица, или признающее земельный участок частью проезжей дороги. Такие решения являются действительными не только *inter partes* (между сторонами), но и *adversus omnes* (в отношении всех)[3].

Иски in personam

59. Присутствие ответчика в Англии или Уэльсе

В отношении иска *in personam* английские суды обладают юрисдикцией, если ответчик в момент посылки судебной повестки находится в Англии или Уэльсе. Достаточно только его физического присутствия; не требуется, чтобы он был домицилирован в Англии или имел там свое временное пребывание. Его присутствие в течение самого короткого периода создает основание для юрисдикции. Если ирландец, перелетающий из Дублина в Амстердам, остановится в Крайдоне на десять минут, ему там может быть вручена судебная повестка и тем самым уже установлена юрисдикция. Не имеет значения и то обстоятельство, прибыл ли ответчик в Англию добровольно или же привезен туда в качестве военнопленного. Наконец,

---

[1] *Vaisey and Meyer*, loc. cit.

[2] См., однако, об этом дальше, § 74.

[3] Таким образом, не все иски *in rem* основаны на *ius in rem*, на вещном праве (так же, как и не все иски, основанные на *ius in rem*, являются исками *in rem*; см. выше). Причину, по которой акты, имеющие силу в отношении всех, носят название «*in rem*», следует искать в ошибке, допускаемой при логических выводах: так как все *iura in rem* действительны в отношении всех, то все юридические последствия, действительные для всех, названы *in rem*. Поэтому указывалось на то, что доводы лорда Данедина по делу Salvesen v. Administrator of Austrian Property (1927) A. C., 641, 662, едва ли были необходимы. Он пытался разъяснить, что иск о признании брака ничтожным является иском in rem, что правовой статус брака есть *res* (вещь). Он, однако, допускает, что, «строго говоря, это не *res*», но он при этом добавляет «брак, как говорят, имеет характер *res* и давно рассматривается как таковая».

положение также не меняется в зависимости от того, имеют ли обстоятельства дела какое-либо отношение к Англии или нет[1]. Это основное правило английской юрисдикции, чуждое континентальному праву[2], часто правильно критиковалось, как несправедливое в отношении иностранца, не являющегося резидентом Англии. С другой стороны, в некоторых случаях крайней несправедливости суд в праве вмешаться, приостанавливая или прекращая дело, «если только учинены досада и притеснение»[3].

Пример такого случая[4].

Американец, домицилированный в Индии, совершил акт о раздельном жительстве с женой, по которому он обещал ей выплачивать определенную ежегодную ренту. Согласно этому акту, некий адвокат, имевший свой домицилий и резиденцию в Индии, был назначен управляющим имуществом по доверенности. Муж уклонился от исполнения своих обязательств, а адвокат не позаботился предпринять против него необходимые действия, и в связи с этим жене был причинен некоторый ущерб. Так как она и адвокат временно находились в Англии, она предъявила к нему иск и вручила ему судебную повестку. После этого она уехала в Америку, а адвокат вернулся в Индию. По его просьбе суд прекратил дело.

60. *Компании и товарищества в качестве ответчиков*

Когда ответчиком является юридическое лицо, например акционерное общество, нельзя говорить о его присутствии или отсутствии в Англии в подлинном значении этих выражений. Однако такое общество рассматривается как «присутствующее» в Англии, если оно там учреждено, либо осуществляет там свою деятельность[5].

Когда иск должен быть предъявлен к членам товарищества, английский суд обладает юрисдикцией, если это товарищество

---

[1] Jackson v. Spitall (1870) L. R. 5. C. P. 542, 549.

[2] За исключением итальянского кодекса гражданского процесса, ст. 105, № 2, в котором юрисдикция в отношении иностранного ответчика ставится в зависимость от его временного пребывания в Италии или его нахождения в стране, дающего возможность вручить повестку ему лично.

[3] *Bowen, L. J.*, по делу McHenry v. Lewis (1882), 22, Ch. D. (C. A.), 397, 407, 408. См. дальше, 229.

[4] Egbert v. Short (1907), 2 Ch. 205, 211. Ср. In re Norton's Settlement (1908), I Ch. (C. A.) 471; Logan v. Bank of Scotland (1906) I. K. B. (C. A) 141, Watkins v. North American Land and Timber Co. (1904) 20 T. L. R. (H. L.) 534.

[5] Companies Act, 1929, s. 370, 349. Order IX, rule 8. Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. Actien Gesellschaft für Motor, and Co. (1902). I K. B. (C. A.) 342. La Bourgogne (1899) A. C. 431.

осуществляет свою деятельность в Англии, независимо от того, присутствует или не присутствует там кто-либо из его членов; достаточно, чтобы судебная повестка была вручена «какому-либо одному (или больше) из членов в главном месте деятельности товарищества... или любому лицу, которое в момент вручения повестки осуществляет там контроль или управление делами товарищества»[1]. Это правило отражает здоровую мысль, заключающуюся в том, что товарищество, не будучи «юридическим лицом», отличающимся от совокупности его членов, все же в некоторых отношениях рассматривается так, как если бы оно было юридическим лицом. Французское и итальянское право идут даже дальше: эти системы права рассматривают торговые товарищества как подлинные юридические лица. Германское право практически разделяет точку зрения английского права, признавая за товариществами самостоятельную субъектность, хотя только для некоторых строго ограниченных целей (случаев)[2].

61. Свободное усмотрение суда в случае отсутствия ответчика

Согласно общему праву английские суды не обладают юрисдикцией на принятие к своему рассмотрению исков, направленных против ответчика, которому, ввиду его отсутствия в Англии, нельзя вручить судебную повестку. Очевидная жесткость этого принципа была смягчена Правилами верховного суда (R. S. C.), основанными на Законе 1852 г. о судопроизводстве общего права (Common Law Procedure Act)[3]. Эти правила уполномочивают суд по просьбе истца при известных обстоятельствах разрешать посылку уведомления о вызове отсутствующему в Англии ответчику и таким образом принимать на себя юрисдикцию[4]. Использование этого права всецело предоставлено усмотрению суда; он может применить указанные правила или отказать в их применении. Суд откажет, например, если ответчиком является иностранец, проживающий за границей, в стране, в которой действуют беспристрастные и удо-

---

[1] Order XLVIII A (1891), rules 1,3.

[2] См. дальше, §§ 277, 283.

[3] 15 and 16 Vict., c. 76. Правила были составлены в 1883 г. и дополнялись несколько раз.

[4] Согласно правилу 1941 г. (R. S. C. Ord. IX, r. 146) суд может даже полностью освободить от посылки судебной повестки ответчику, являющемуся вражеским лицом, если быстрое и личное вручение повестки такому ответчику невозможно или если вручение (если оно состоялось) не может быть доказано, и если проситель делает заявление о своей претензии и представляет аффидевит (свидетельское показание), доказывающее, что он, по существу, в праве представительствовать по иску. Это правило, однако, не применяется в делах о браке (развод и т. д.); Read v. Read (1942) P. (C. A.) 87.

влетворительные процессуальные нормы[1], и если было бы несправедливо затруднять его и беспокоить, заставив его защищать свои права в Англии[2]. Использование судом своего права принимать на себя юрисдикцию в отношении отсутствующего ответчика допускается только в строго ограниченных определенных случаях. Имеется длинный перечень этих случаев, но перечень исчерпывающий. Изучая отдельные случаи, включенные в этот перечень, можно среди них найти некоторые из тех «привязок»[3], которые по континентальному праву дают основание для нормальной юрисдикции, т. е. для юрисдикции, не зависящей от усмотрения судов. Имеется семь таких привязок.

62. *Суд местонахождения предмета спора* (*forum situs*)

1) *Situs rei* (местонахождение предмета спора). По усмотрению суда, все претензии, относящиеся к земельным участкам, расположенным в Англии, включая иски об уплате ренты, могут быть предъявлены в английском суде, который в данном случае является *forum situs* даже в том случае, если ответчик не находится в Англии[4]. Мы здесь говорим только об исках *in personam*. Но так как иски о восстановлении права собственности на землю, иски об изъятии собственности, процессуальные действия, направленные к предотвращению или устранению ущерба для земли, потеря права выкупа закладной, защита

---

[1] Oppenheimer v. Louis Rosenthal and Co. (1937) I A. E. R. 23. См. также George Munro Ltd. v. American Cynamid Corp. (1944) I. K. B, 432, 437.

[2] Société générale de Paris v. Dreyfus Bros. (1885) 29 Ch. D. 239, 242, Rosler V. Hilbery (1925) Ch. 250, 259. In re Schintz (1926) Ch. 710, 716.

[3] Или «коллизионных привязок» (см. об этой концепции дальше, § 91).

[4] Order XI, r. I (a) и I (b), см. также r. I (f). R. I (a), разрешает посылку повестки вне Англии, «когда весь предмет спора по иску представляет собой землю, расположенную в районе территориальной юрисдикции суда, или если требуется сохранение свидетельских показаний, относящихся к земле, расположенной в районе юрисдикции суда». R. I (b): «когда предметом иска является составление, исправление, аннулирование или принудительное исполнение какого-либо документа, акта, завещания, договора, обязательства или обязанности, относящихся к земле или наследству, расположенному в районе юрисдикции суда» (выражение «относящихся к земле» дало повод для многих сомнений; см. Agnew v. Usher (1884), 14. Q. B. D. 78, 80; Kaye v. Sutherland (1887) 20 Q. B. D. 147; Tassel v. Hallen (1892) I Q. B. (321) R. I (f) допускает юрисдикцию, «когда испрашивается судебный запрет в отношении какого-либо действия в районе юрисдикции суда или когда предметом иска является предотвращение или устранение вреда (ущерба) в районе юрисдикции, независимо от того, отыскиваются ли убытки в связи с этим или нет».

от помех в предоставлении права пользования дорогой на чужой земле являются персональными исками[1],—юрисдикция в отношении таких исков против отсутствующего ответчика не предоставляется в силу только того факта, что участок земли расположен в Англии; она может быть установлена только с особого разрешения суда. Когда вопрос касается движимого имущества или, точнее говоря, персонального имущества[2] (personal property), суд местонахождения имущества компетентен принять к своему производству спор между залогодателем и залогодержателем, если одна из сторон добивается освобождения от какого-либо обязательства[3]. Наконец, суд местонахождения персонального имущества обладает—с разрешения суда—юрисдикцией, когда иск предъявлен об осуществлении (в отношении имущества, расположенного в районе юрисдикции суда) прав доверительной собственности по какому-либо письменному документу, по которому ответчик назначен доверительным собственником, независимо от того, домицилирован ли завещатель или учредитель такой собственности в Англии или за границей, при условии, что управление имуществом «должно осуществляться в соответствии с английским законом»[4].

63. *Суды домицилия и места пребывания (fori domicilii et mansionis)*

2) Домицилий или обычное место пребывания ответчика. С разрешения суда, всякого рода претензии могут быть предъявлены к отсутствующему (в Англии) ответчику, но при условии если он там имеет свой домицилий или место своего постоянного пребывания[5]. Эти два места судебного разбирательства—*fora domicilii* и *habitationis* (*seu mansionis*)—можно найти, с незначительным различием в деталях, во всех континентальных системах, где эти суды действительно являются нормальным и обычным местом судебного разбирательства, а не существуют для исключительных случаев[6]. Если умершее лицо имело свой по-

---

[1] См. выше, § 58.

[2] Различие между персональным и реальным имуществом, которое в международном частном праве заменено делением на движимое и недвижимое имущество, здесь приобретает известное значение. См. дальше, § 486.

[3] (Order XI, r. I (h)), а именно, «продажа, потеря права выкупа закладной, передача владения залогодателям, выкуп, обратная передача имущества, передача владения залогодержателем».

[4] Order XI, r I (d), вторая часть.

[5] *Ibid.*, (c).

[6] По французскому праву компетенция суда определяется домицилием ответчика, а если он не имеет домицилия,—то его резиденцией (местом его пребывания). Французская концепция домицилия отли-

следний домицилий в Англии и Уэльсе, этого достаточно для создания дискреционной юрисдикции «во всех случаях, когда иск предъявляется об управлении личным наследственным имуществом» умершего. Это соответствует *forum hereditatis* (суду местонахождения наследства), известному континентальным правовым системам[1].

64. *Суд места заключения договора* (*forum contractus*)

3) Английский суд может принять на себя юрисдикцию в качестве суда места совершения договора (*forum contractus*) в следующих четырех случаях[2]:

а) Если договор совершен в Англии: *forum loci celebrationis* (суд места оформления брака) соответствует *lex loci celebrationis* (закону места совершения брака) английского коллизионного права.

Большинство современных правовых систем высказалось против такой юрисдикции суда, хотя вплоть до XIX века многие континентальные авторы ее принимали, неправильно основывая свое мнение на некоторых выдержках из Дигест[3]. Поскольку, однако, в Англии такая юрисдикция зависит от усмотрения суда, то едва ли можно сомневаться в том, что в тех случаях, когда договор не имеет никакого внутреннего отношения к Англии, факт подписания его на английской территории сам по себе не будет рассматриваться как достаточное основание для юрисдикции.

б) Если договор совершен за границей от имени лица, ведущего торговлю или пребывающего вне Англии, но «через посредство агента, ведущего торговлю или пребывающего в Англии». Это положение не следует понимать в том смысле, что агент должен был сам заключить договор; достаточно того, что он сделал офферту своему принципалу или что он вел переговоры относительно договора, даже если акцепт был выражен самим принципалом[4].

в) Если договор, «в силу прямо выраженных или подразумеваемых условий, должен регулироваться английским правом»[5].

чается от английской; см. дальше, § 98. По германскому праву компетенция суда определяется домицилием ответчика, а если у него нет домицилия,—местом его временного пребывания, а если это место не может быть установлено,—последним домицилием.

[1] Order XI, r. I (d), первая часть. См. Германский гражданский процессуальный кодекс, § 28. По истории вопроса см. *Wach*, Civilprocessrecht, I, 429, N.

[2] Order XI, r. I (e).

[3] В частности, в Dig. 5. 119.2. См. Savigny, § 370, note (a).

[4] National Mortgage and Agency Co. v. Cosselin (1922) 38 T. L. R. 832.

[5] См. Ocean Steamship Co. v. Queensland (1941) I K. B. C. A. 402.

г) Если иск предъявлен в связи с каким-либо нарушением, совершенным в Англии. Не имеет при этом значения, относится ли это нарушение к существу договора или только к какому-либо побочному обязательству[1].

Поскольку место, где совершено нарушение договора, в большинстве случаев тождественно с местом, где договор подлежал исполнению, этот *forum* обычно совпадает с континентальным *forum loci solutioni* (суд места исполнения обязательства)[2].

В перечисленных четырех случаях суд не в праве принять на себя юрисдикцию в качестве *forum contractus*, если ответчик имеет свой домицилий или обычное пребывание в Шотландии; в этом случае юрисдикция принадлежит шотландским судам.

65. Суды места правонарушения и совершения действия (fora delicti et actus).

4) *Locus delicti commissi* (место совершения правонарушения). Если иск основан на правонарушении, совершенном в Англии, суд может принять на себя юрисдикцию[3].

В то время как большинство континентальных законов отвергает *forum delicti*, германское и французское право допускает его без каких-либо ограничений[4], что едва ли может быть оправдано. Так как по германскому (и, возможно, по французскому) праву правонарушение считается совершенным в том месте, где совершено незаконное действие, или там, где возникают его последствия, то, следовательно, могут быть несколько *fora delicti*; например, когда экземпляры газеты, содержащей клеветническое заявление, распространены в двух или больше странах[5]. Поэтому английское право поступило, повидимому, разумно, предоставив на усмотрение суда взять на себя юрисдикцию или отказать в ней[6].

---

[1] Противоположная доктрина, изложенная в решении по делу Johnson v. Taylor Bros. (1920) A. C. 144, 147, была впоследствии оставлена. См. дело Oppenheimer v. Louis Rosenthal and Co. (1937) I A. E. R. 23.

[2] См., например, германский гражданский процессуальный кодекс (1933) § 29. Окольный метод, по которому английское право создавало свои правила, можно встретить также и на континенте. *Wach*, Civilprocessr. I. 451, note 20.

[3] Order XI, r. I (ee) добавленное в 1920 г.

[4] Германский гражданский процессуальный кодекс, § 32; французский гражданский процессуальный кодекс, ст. 59 (с 1923 г.).

[5] См. дальше, §§ 477, 478.

[6] См. дело Kroch v. Rossel and Co. (1937) I. A. E. R. (C. A.), 725.

5) Место, где какое-либо действие «должно быть совершено или какая-либо зловредность* должна быть предотвращена или устранена». Если это место находится в Англии, суд может принять на себя юрисдикцию, чтобы выдать судебный запрет[1].

66. *Суд места связи (forum connexitatis)*

6) Иски «по связи». Если иск был «надлежаще предъявлен» к какому-либо лицу, которому судебная повестка была надлежащим образом вручена в Англии, и если другое лицо, находящееся вне Англии, является «необходимой» или надлежащей стороной в процессе, суд может по своему усмотрению принять на себя юрисдикцию на рассмотрение побочной (связанной) претензии к отсутствующему лицу, как к *litis consors* (соучастнику в тяжбе)[2].

Этот *forum connexitatis*, как его называли авторы средневековья, особенно целесообразен, когда два лица являются совместными должниками по одному и тому же договору или совместными правонарушителями и когда только одно из них находится в Англии. Существует, однако, опасность, что истец может вначале предъявить иск к фиктивному ответчику, т. е. к ответчику, «против которого не существует никакого правдоподобного повода для иска»[3] и который находится в Англии; это будет сделано для того, чтобы вместе с этим ответчиком можно было вызвать в суд основного надлежащего ответчика, проживающего за границей. В таком случае иск нельзя признать «надлежаще предъявленным». Решающий критерий, как указал лорд Эшер, может быть найден из следующего положения: «Если предположить, что оба участника подпадают под юрисдикцию суда, были ли бы они в этом случае надлежащими (действительными) участниками в процессе? Если это так и только один из них находится в Англии, тогда, гласит закон, второму можно послать судебную повестку[4].

---

* Nuisance — зловредность — один из видов гражданского правонарушения, заключающийся в том, что собственнику недвижимости чинят какие-либо помехи или неудобства в пользовании этой недвижимостью (см. *Дженкс*, Свод английского гражданского права, § 857 и след.). *Прим. перев.*

[1] Order XI, r. I (f) и Rosler v. Hilbery (1925) Ch. (C. A.) 250.

[2] *Ibid* (g). См. *Wach*, loc. cit., p. 495, note 13.

[3] Witted v. Galbraith (1893) I Q. B. (C. A.) 577, 579.

[4] Massey v. Heynes (1888) 21. Q. B. D. (C. A.) 330, 338. См. Washburn Co. v. The Gunard Steamship Co. (1889) 5 T. L. R. 592, Duc d'Aumale (1903) P. 18, 22. Ellinger v. Guinness (1939) 4 A. E. R. 16. С другой стороны, нет необходимости в том, чтобы присутствовавший ответчик был «главным ответчиком или, по крайней мере, таким же существенным ответчиком», как и отсутствующий. Такова была фор-

Английская норма в существующей формулировке имеет два дефекта:

а) Суд может разрешить посылку судебной повестки вне Англии лишь после того, как присутствующая в Англии сторона была вызвана посредством повестки[1]. Таким образом, истец находится в неблагоприятном положении, вынуждающем его решить, следует ли предъявить иск в английском или в иностранном суде, и он должен решить это раньше, чем узнает, разрешит ли английский суд распространить иск на отсутствующего ответчика.

б) Суд не может допустить распространения юрисдикции на иск по связи, если оба ответчика находятся вне Англии и если одному из них была вручена повестка английского суда, согласно Приказу XI, потому, например, что он домицилирован или временно пребывает в Англии[2].

67. Юрисдикция в отношении воздушного перевозчика

7) Наконец, английский суд может принять на себя юрисдикцию в отношении отсутствующего воздушного перевозчика, если речь идет о международной перевозке грузов и лиц на воздушном транспорте.

Это положение было установлено Законом о воздушных перевозках 1932 г. (The Carriage by Air Act), которым была введена в действие международная конвенция 1929 г.[3] Согласно этой конвенции, иски об убытках могут быть предъявлены «по выбору истца на территории одной из высоких договаривающихся сторон, либо в обладающем юрисдикцией суде места обычного пребывания перевозчика, либо там, где перевозчик имеет свою главную контору или учреждение, подписавшее договор, либо в обладающем юрисдикцией суде в месте назначения груза».

68. Суд местонахождения наследства (forum patrimonii)?

Во всех остальных случаях, кроме перечисленных семи исключений, сохраняется устойчивая норма, в силу которой юрисдикция английского суда зависит от присутствия ответчика в Англии. Суд, в частности, не в праве принять к своему производству иск к отсутствующему лицу только на том основании, что оно имеет какую-либо с о б с т в е н н о с т ь в Англии. Это положение можно рассматривать как достойный сожаления пробел. Если домицилированный англичанин имеет к неприсутствующему, недомицилированному и не пребывающему

мула, построенная Пирсоном по делу The Yorkshire Tannery Co. v. The Eglinton Co. (1884) 54 L. J. Ch. 81, 83. См. *Dicey*, p. 257 (y).

[1] The Yorkshire Tannery Co. v. The Eglinton Co., loc. cit.

[2] Об этом см. *Dicey* p. 258 (a).

[3] 22 and 23 Geo. V. c. 36 и Order XI, I (i).

в Англии иностранцу претензию, вытекающую из договора, заключенного и нарушенного за границей, он не может предъявить иск в Англии, хотя бы должник имел в английском банке свой счет, достаточный для удовлетворения истца.

Это правило отличается от некоторых континентальных законов, от шотландского права и от законов некоторых штатов США. Германское право[1], несомненно, заходит слишком далеко, разрешая предъявление иска даже и в том случае, когда собственность, расположенная в Германии, практически ничего не стоит и на нее не может быть обращено взыскание кредитора (например, рабочий инструмент и утварь должника). Шотландское право проводит различие между случаем, когда ответчик владеет в Шотландии недвижимостью, и случаем, когда он там имеет только движимое имущество. В первом случае шотландский суд обладает юрисдикцией; во втором— истец обязан раньше «установить» движимое имущество путем наложения на него ареста, чем и обосновывается юрисдикция[2]. Того же принципа придерживаются Соединенные Штаты, где юрисдикция может быть обеспечена наложением ареста[3]. Английское правительство обсуждало возможность изменения существующих в Англии правовых позиций и принятия шотландской системы, но комиссия по британскому и иностранному процессу в 1919 г. отвергла проект реформы[4].

69. *Суд по соглашению* (*forum prorogatum*)

Подобно римскому праву[5], шотландское право и все континентальные системы, а также английское право признают действительным соглашение сторон относительно компетенции суда[6]. Такое соглашение, создающее *forum prorogatum* (*seu conventionale*) (выбор суда по соглашению), может быть заключено только в тех случаях, когда основание иска возникает из договора[7]. Существует, однако, другое правило, практически охватывающее все случаи недоговорного характера. Если лицо своим поведением добровольно подчиняется юрисдикции суда, для него исключается возможность возражать против юрисдик-

---

[1] Германский гражданский процессуальный кодекс (1933), § 23.

[2] Эта система наложения ареста для обеспечения юрисдикции (*arrestum ad fundandam iurisdictionem*) была позаимствована у Голландии. См. *Dunkan and Dykes*, Principles of Civil Jurisdiction, p. 71 et seq. *Burnet*, *Jurid.* Rev. (1889), 54 et seq. (по делу Parnell v. The Times).

[3] *Beale*, I, 449 et seq., Rest. §§ 106—108.

[4] *Gutteridge*, 19. Br. Y. B. (1938) 29, 51, 61.

[5] *Dig.* 5. I, I.

[6] Cf. *Graupner*, 59 L. Q. R. (1943) 227.

[7] Order XI, r. 2 (a). Континентальные законы в такой мере не ограничивают *prorogatio fori*.

ции[1]. Подчинение юрисдикции может быть точно выражено или же может подразумеваться[2]. Таким образом, истец подчиняется юрисдикции суда на рассмотрение предъявленного к нему встречного иска (*cross-action*), если существует какая-либо связь между его претензией и этим встречным иском[3]. Встречная претензия, не вытекающая из того же дела (*ex eodem negotio*), а лишь такого же рода (*eiusdem generis*), в Англии, вероятно, не будет достаточным мотивом для признания подчинения юрисдикции, хотя по шотландскому праву она может быть признана достаточной для такого признания[4].

Иски или иные судебные действия in rem

1 Иски или иные судебные действия против судна

70. Иски против судна

Английский суд компетентен в качестве *forum situs* (суда места расположения имущества) принять к своему рассмотрению иск против судна или в отношении предметов, связанных с судном, например, груза,—если судно или предметы находятся в Англии или в английских водах. По своему характеру такой иск должен относиться к той категории исков, которые, до вступления в силу Закона о судопроизводстве (Judicature Act) 1873 г., должны были предъявляться в адмиралтейском суде. Примерами могут служить иски о праве собственности или владения английским судном, иски об убытках, причиненных или понесенных английским или иностранным судном, иски о морском праве удержания, о вознаграждении за спасение, о заработной плате, о вознаграждении лоцмана и другие[5].

2. Судебная процедура развода

71. Общее правило

Английский суд обладает юрисдикцией, если в начале судопроизводства стороны имеют свой домицилий в Англии. Ни место их пребывания, ни их присутствие в Англии, ни их гражданство не имеют значения. В этом отношении англий-

---

[1] The Gemma (1899) P. 285. The Dupleix (1912) P. 8. Shibsby v. Westenholz (1870) L. R. 6. Q. B. 155. Copin v. Adamson(1875) I Ex. D. (C. A.) 17.

[2] Должны ли стороны знать, что суд, к которому они обратились, не обладает юрисдикцией? По римскому праву—должны (Dig. 5. I. 2 pr.); по английскому праву—нет.

[3] Yorkshire Tannery v. Eglinton Co. (1884) 54 L. J. Ch. 81, 83.

[4] Так, например, судья Инглис по делу Thompson v. Whitehead (1862) 24 S. C. 331, 339.

[5] Полный перечень адмиралтейских исков можно найти у *Dicey*, p. 913 et seq. О юрисдикции морских судов, установленной Объединенными и присоединившимися державами, см. 4 and 5 Geo. VI (1941) c. 21.

..кое право менее сложно, чем большинство континентальных систем. Согласно этим системам, материальный закон, подлежащий применению в делах о разводе, обычно определяется гражданством. Законодатель поэтому склонен решение вопроса о юрисдикции также поставить в зависимость от гражданства сторон, отодвигая домицилий на положение фактора второстепенного значения[1]. Гаагская конвенция о разводе 1902 г.[2] установила особенно сложную систему: иск может быть предъявлен по выбору истца либо в суде, компетентном согласно закону гражданства обоих супругов, либо в суде их домицилия; если они по закону своего гражданства имеют не один и тот же домицилий,—решающим является домицилий ответчика[3]. По английскому праву существует полная гармония между коллизионной нормой и юрисдикцией—суд домицилия (*forum domicilii*) соответствует закону домицилия (*lex domicilii*). Это было бы очень разумным решением, если бы английская концепция домицилия была удовлетворительной. Иностранец, никогда не бывавший в Англии, но имевший там свой домицилий по происхождению потому, что в момент его рождения его отец имел английский домицилий, может предъявить иск о разводе, и к нему может быть предъявлен такой иск в английском суде[4]. Предоставление юрисдикции той стране, в которой супруги имеют свой действительный очаг и оседлость, следует признать здоровым принципом; но эта оседлость не всегда является их домицилием и больше подходит под понятие их обычного места пребывания. Однако правило, по которому дела о разводе относятся к юрисдикции суда домицилия, в настоящее время уже твердо установлено[5]. Об исключениях, установленных Законом о браке 1937 г., см. §§ 73, 352.

---

[1] См., например, германские правила (гражданский процессуальный кодекс, § 606). В принципе юрисдикция определяется домицилием мужа; если он не имеет домицилия—местом его пребывания, а если это место не может быть установлено,—его последним домицилием. Но если муж германского гражданства, или если он был немцем, а его жена еще продолжает быть немкой, или если оба супруга утратили свое германское гражданство и еще не приобрели другого, то во всех этих случаях германский суд компетентен предпринять судебные действия по разводу. Наконец, если оба супруга—иностранцы, иск о разводе может быть предъявлен в германском суде только в том случае, если этот суд обладает юрисдикцией согласно закону гражданства мужа.

[2] См. выше, § 40.

[3] Ст. ст. 5—7 Гаагской конвенции. Таков принцип. Имеются кое-какие исключения, но они сейчас не представляют для нас интереса.

[4] См. об этом дальше, § 121.

[5] Le Mesurier v. Mesurier (1895) A. C. 517 (фактически отменившее решение по делу Niboyet v. Niboyet (1878) 4. P. D. 1), Salvesen v. Administr. of Austrian Property (1921) A. C. 641, 666; H. v. H. (1928) P. 206, 212; Herd v. Herd (1936) P. 205. и другие. По шотландскому праву иначе: там юрисдикция определяется местом пребывания (резиденцией). Амери-

72. Анормальные случаи

Английское право не признает раздельного домицилия мужа и жены; домицилий мужа (так называемый «супружеский домицилий»[1]) является решающим. При этом исходят, однако, из того, что брак действителен. Если же, согласно закону домицилия мужа (хотя и не по английскому закону), брак считается недействительным, его «жена» по его закону рассматривается как *feme sole* (одинокая женщина) и поэтому может иметь свой собственный домицилий. Если, например, домицилированный в Англии грек женится на англичанке в Англии и там зарегистрирует свой брак, этот брак, хотя и действительный по английскому закону, будет считаться недействительным по греческому закону, потому что греческий священник не присутствовал при брачной церемонии. Поэтому, с точки зрения греческого закона, жена в результате брака не приобрела греческого домицилия. В двух таких случаях[2] суд разрешил жене предъявить в Англии иск о разводе, поскольку она раньше имела английский домицилий. Но позднейшие решения отказались от этой точки зрения[3]. В настоящее время вопрос решается, повидимому, следующим образом: если суд домицилия (греческий суд) вынес решение о недействительности брака[4], оно будет признано английским судом (хотя по английскому закону брак считается действительным); иностранное решение о недействительности рассматривается как расторжение брака *adversus omnes* (в отношении всех); это решение—по континентальному выражению—превратило *matrimonium claudicans* («хромающий брак») в *matrimonium non existens* (несуществующий брак); здесь поэтому не остается места для судопроизводства по разводу. Указывается на то, что такое решение не устраняет полностью затруднений, создаваемых для жены. Хотя ее английский брак признается действительным в Англии, она не имеет права

канское право следует английскому, предоставляя юрисдикцию суду домицилия, однако в некоторых штатах требуется место пребывания (резиденция). По вопросу о том, что под этим понимается, см. *Beale*, I. 116.

[1] Lord Haldane in Lord Advocate v. Jaffrey (1921) I A. C. 146, 152.

[2] А именно, по делу Stathatos v. Stathatos (1913) P. 46 и De Montaigu v. De Montaigu (1913) P. 154.

[3] Salvesen v. Administrator of Austrian property (1927) A. C. 641; De Massa v. de Massa, 48; L. Q. R. 13. См. шотландское дело Watson (или Mangrulkar) v. Mangrulkar (1939) Sess. C. 239, 245; Cheshire 352 и 13 Brit. Y. B. (1932) 169, 170.

[4] Если (греческий) суд домицилия мужа еще не вынес решения о недействительности брака, жена будет в Англии рассматриваться, как имеющая греческий домицилий мужа, и по этим соображениям она не может предъявить иск о разводе в английском суде. См. дело Watson v. Mangrulkar, loc. cit.

сохранить свою фамилию по мужу, ее дети не узаконены, и она лишена тех имущественных преимуществ, которые она могла бы иметь, если бы ее брак был расторгнут путем развода, например, по мотивам измены мужа.

73. Оставление жены супругом и ссылка

Гораздо более тяжелое положение создается, когда жена оставлена мужем, который непосредственно перед этим домицилировался в Англии, но изменил свой домицилий после того, как оставил жену. По закону, действовавшему до 1938 г., она не могла требовать развода через английский суд. Юрисдикция в отношении развода принадлежала исключительно суду нового домицилия мужа[1]. И если таким домицилием окажется страна, в которой развод не разрешается,—например, Италия,—жена лишена возможности добиваться развода где бы то ни было. В суде нового домицилия ее мужа она может добиться судебного разлучения. Закон о браке 1937 г.[2] улучшил положение жены. Этот закон предоставляет английскому суду юрисдикцию в отношении развода в том случае, когда жена была оставлена и когда муж «непосредственно перед тем, как ее оставить», домицилировался в Англии. Таким же образом разрешается случай, когда муж выслан из Соединенного королевства в соответствии с законом, относящимся к высылке иностранцев[3].

Это новое правило, однако, не восполняет всех пробелов. Оно не охватывает случаев, когда муж изменил свой домицилий до того, как он оставил свою жену, или когда жена вообще не была оставлена. Когда домицилированный англичанин и его жена, англичанка, основывают свой новый домицилий в Италии и муж совершает измену,—его жена может предъявить иск только в Италии, где она получит судебное разлучение, но не развод. Если даже она возвращается в Англию на постоянное жительство, ее правовое положение остается неизменным; ни один суд не располагает юрисдикцией в отношении оформления развода.

Некоторые континентальные системы разрешили эту проблему в более удовлетворительной форме. Известное решение французского кассационного суда установило, что францу-

---

[1] См. H. v. H. (1928) P. 206; Herd v. Herd (1936) P. 205.

[2] (I. Edw. VIII and I Geo. VI, c. 57) s. 13. Точно так же и в Канаде по Canad. Divorce Jurisdiction Act 1930; *Read*, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (1938) 218; *Johnson*, Confl. of Laws, II (1934) 91.

[3] По делу H. v. H. (1928) P. 206 p. 212 было постановлено, что «право вынесения решения о разводе не может... сосуществовать в одно и то же время в двух суверенных государствах». Это положение уже больше не признается правильным, поскольку жене предоставлено право выбора между английским судом и судом нового домицилия ее мужа.

женка по рождению, вступившая в брак с итальянцем, может предъявить иск о разводе во французском суде, при условии, что она получила судебный приказ о разлучении, согласно итальянскому закону, и снова получила французское гражданство[1]. Швейцария, Германия и Швеция последовали этому разумному правилу[2].

Юрисдикция английского суда в отношении иска о разводе, предъявленного мужем в связи с изменой жены, распространяется также и на соответчика, независимо от того, где он имеет свой домицилий (или постоянное пребывание) и находится ли он в Англии или вне ее[3].

3. Процедура признания брака недействительным

ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ О РАЗЛИЧНЫХ ВИДАХ ДЕФЕКТНЫХ БРАКОВ.

74. Браки недействительные, оспоримые и несуществующие

Все современное законодательство признает, что решение о недействительности брака может быть вынесено либо потому, что брак был недействителен с самого начала (*void ab initio*), или потому, что он является оспоримым браком (voidable)[4].

---

[1] Arrêt Ferrari, J. Clunet 1922, 714. (Dalloz), 1922,1, 139. Эта доктрина в настоящее время считается твердо установленной, J. Clunet, 1928, 382; 1929, 1258, хотя и встретила резкую оппозицию со стороны некоторых выдающихся французских ученых (*Pillet*, Traité, prat., I. 607; *Audinet*, J. Clunet, 1930, 329 и др.).

[2] См. германский закон от 24 января 1935 г.; германский закон может применяться, если только жена—немка, а муж—подданный государства, в котором развод не разрешается; она может предъявить иск о разводе в германском суде. Что касается Швейцарии, смотри решение швейцарского федерального суда от 3 мая 1932 г. (Official Coll., 1932, II. 93; Rabel's Z. 7, 630). Это положение привело к денонсированию Гаагской конвенции о разводе 1902 г. со стороны Швейцарии, Швеции; см. выше, § 43.

[3] Так как, согласно закону о браке 1857 г. (The Matrim. Causes Act, 1857, 20 and 21 Vict., с. 28), муж «должен» сделать участника измены, на которого он ссылается, соответчиком, оба обвиняемые являются *litis consortes necessarii* (необходимые соучастники тяжбы).

[4] Понятие оспоримого (voidable) брака не очень давнего происхождения. Лорд Кок (см. дальше, § 75) употребляет термин «voidable», когда он имеет в виду недействительные браки. Концепция о браке, который вначале был действительным, а затем, в результате действия одного из супругов, ретроактивно становится недействительным,—во все времена отвергалась каноническим правом, как несовместимая с характером брака как таинства. Протестантская доктрина вводит понятие оспоримого брака(об этом см. *Heyer*, Staats-Lexicon der Görres Gesellschaft, I, 4-е изд. 1911, p. 1405, 1419). Все современное законодательство признало категорию оспоримых браков (mariage annulable, a fechtbare Ehe)—в отличие от недействительных браков (mariage nul, nichtige Ehe).

Примеры брака первого типа можно найти среди браков между запрещенными степенями родства, или в случаях двоеженства, или среди браков, заключенных в религиозной форме в стране, где гражданское оформление брака является обязательным[1]. Примеры браков второго рода имеют место в тех случаях, когда брак был заключен под влиянием умышленного искажения фактов или лицом психически нездоровым или страдающим венерической болезнью в заразительной форме[2].

Как недействительный, так и оспоримый брак, следует отличать от «несуществующего брака» (*non-existent*). Никто не назовет конкубинат недействительным браком, даже если чета намерена заключить брак. Вопрос о действительности или недействительности какого-либо конкретного акта предполагает существование такого акта.

В стране, где требуется декларация брака у регистратора или священника, частное и тайное заявление о согласии не создает никакого вида брака, даже брака недействительного. Различие между *matrimonium nullum* (недействительным браком) и *matrimonium non existens* (несуществующим браком) было очень четко разработано каноническим правом[3] и признано почти что во всем современном законодательстве[4].

Matrimonium nullum (недействительный брак) имеет *prima facie* все или, по крайней мере, некоторые последствия действительного брака: женщина разделяет домицилий своего мужа и не в праве установить свой собственный домицилий. Когда же брак признан несуществующим, такой союз не создает никаких юридических последствий брака; женщина считается *feme sole* (одинокой женщиной) и может иметь свой самостоятельный домицилий. Когда вопрос касается недействительного брака,

---

[1] Такое положение существует в Бельгии, Франции, Нидерландах, Люксембурге, Германии, Швейцарии, Венгрии, Португалии, Турции и в некоторых латино-американских государствах (Аргентина, Бразилия, Чили, Куба).

[2] См. Matrim. Causes Act (1937, s. 7 (1) (b) и (c)).

[3] В каноническом праве это различие имеет особенно существенное значение в связи с вопросом о том, кто в праве доказывать дефектность брака. В случае *matrimonium nullum* (ничтожного брака) *ius accusandi matrimonium* (право опорочивания брака) принадлежит только сторонам и духовному должностному лицу (*promotor iustitiae*), между тем как третьи лица могут только информировать власти; codex iur. canonici 1917, c. 1971. До смерти одной из сторон или до вынесения решения о недействительности брака нельзя рассматривать ничтожный (incidenter) брак как недействительный. В отношении несуществующего брака нет места для решения о его недействительности.

[4] О французском различии между mariage nul и mariage non-existent см. *Planiol* et *Ripert*, Traité, II, № 252. О германском и швейцарском различии между nichtige Ehe и Nicht-Ehe: *von Tuhr*, Allgemeiner Teil. II, 1, 295 и *Enneccerus, Kipp und Wolff*, Lehrbuch d. bürgerl. Rechts. IV (7-е изд., 1931), p. 83 et seq.

нормы об алиментах и супружеской собственности вначале могут применяться так же, как и в отношении действительного брака. Дети, зачатые в действительном браке, рассматриваются как законнорожденные, если только оба родителя не имеют намерения исказить действительное положение вещей[1]; между тем, дети четы, не состоящей в браке, всюду считаются незаконнорожденными, несмотря на то, какие намерения были у родителей. Когда брак недействителен, может быть выдан приказ о признании его ничтожным; при несуществующем браке—это невозможно. В этом случае можно только просить о декларативном решении, устанавливающем, что никакого брака не существует[2].

75. *Английское право*

Это различие (между недействительным и несуществующим браком.—*Прим. перев.*),—хотя иногда и пренебрегаемое и никогда серьезно и полностью не разработанное,—можно найти также и в английском праве. Лорд Кок, изучая случаи двоеженства, признал, что бигамический брак, с точки зрения закона, «является браком, пока он не признан недействительным»[3]. С другой стороны, уничтожение брака путем соответствующей судебной процедуры не может иметь места, если стороны не прошли через церковный или гражданский брачный обряд, а только стали вести совместную жизнь после взаимных заявлений о том, что каждый из них намерен вступить в брак с другим[4]. При заключении действительного брака женщина приобретает домицилий своего мужа и юрисдикция в отношении признания брака недействительным принадлежит суду этого домицилия. Мы полагаем, что неправильно говорить, что при-

---

[1] См. дальше, § 362.

[2] Так, например, германский закон (гражданский процессуальный кодекс, §§ 606, 631, 638) делает очень четкое различие между Nichtigkeitsklage (иск о ничтожности) и Klage auf Feststellung des Nichtbestehens einer Ehe (иск о признании брака не существующим). Последний иск до известной степени сходен с иском о признании «хвастовства браком» (jactitation of marriage), предъявленным по английскому закону против лица, настойчиво доказывающего свой брак с истцом.

[3] 3 Coke, Inst., p. 88 ad v., «being married», Cheshire, 337. note 1, См. Dodworth v. Dale (1936). 2, K. B. 503, 512, 519.

[4] В тех странах, где действительный брак может быть заключен без какой-либо религиозной или гражданской церемонии или путем *nudo consensu* (простого согласия), что имеет место в некоторых штатах США и что считалось законным в Шотландии до 1939 г., или в форме, установившейся в силу «обычая и общего мнения» (что еще допускается, например, по шотландскому закону о браке 1939 г.),—брак не может быть признан недействительным из-за несоблюдения формальностей: ибо, если не было заявлено о согласии на брак или (как в Шотландии) отсутствует соответствующий обычай и общее мнение, такой союз представляет собой не что иное как конкубинат, «несуществующий брак».

каз о недействительности брака только «декларирует» несуществующими какие-то юридические отношения, как это имеет место при иске о «хвастовстве» (брачными отношениями). Такая формулировка, хотя и вытекающая из канонического права, основанного на церковном учении о таинстве брака, скрывает действительное положение вещей, т. е. признание того, что решение о недействительности брака, так же, как решение о разводе, изменяет гражданское состояние супругов, превращая их действительный брак в брак несуществующий. Время от времени возвращаются к старому мнению, которое едва ли можно защищать. Это мнение главным образом основано на кажущемся на первый взгляд ясном, но все же ошибочном положении, по которому все то, что признается «недействительным», должно во всех отношениях рассматриваться как несуществующее[1].

ЮРИСДИКЦИЯ В ОТНОШЕНИИ ПРОЦЕДУРЫ ПРИЗНАНИЯ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ БРАКА

76. Суды домицилия и места оформления брака

Юрисдикция в отношении дел о недействительности брака, так же, как и юрисдикция по делам о разводе, принадлежит суду домицилия мужа, независимо от того, идет ли речь об оспоримом или о недействительном браке[2]. Но в отличие от судопроизводства по разводу, эта юрисдикция *forum domicilii* (суда домицилия) не является исключительной. Если брак был оформлен в Англии, английский суд может принять к своему рассмотрению иски о недействительности брака даже между домицилированными иностранцами. Это правило было твердо установлено многими авторитетами[3]; его смысл, очевидно,

---

[1] См., например, Niboyet v. Niboyet (1878) 4 P. D. I, 9. Newboult v. Att – Gen (1931) P. 75, 77. Ogden v. Ogden (1908) P. (C. A.) 46, 78 (в этих делах отрицалось, что даже только оспоримый брак влечет за собой изменение домицилия). White v. White (1937), P. 111 (одним из оснований для принятия юрисдикции послужил тот довод, что через недействительный брак женщина не приобретает иностранного домицилия ответчика, а сохраняет свой английский домицилий); см. также Easterbrook v. Easterbrook (1944 г.) A. E. R. 90.

[2] Salvesen v. Administrator of Austrian Property (1927) A. C. 641. Inverclyde v. Inverclyde (1931) P. 29.

[3] Simonin v. Mallac (1860) 2 Sw. and Tr. 67. Sottomayor v. De Barros (1877) 3 P.D. 1 and (1879) 5 P. D. 94. Linke v. Van Aerde (1894) 10 T. L. R. 426, Hay v. Northcote (1900) 2 Ch. 262 (в этом случае брак был оформлен у британского консула в Бордо в соответствии с Foreign Marriage Act, 1892, и поэтому был приравнен к браку, совершенному в Англии, Ogden v. Ogden (1908) P. (C. A). 46. Valier v. Valier (1925) 133 L. T. 830. Hussein v. Hussein (1938) P. 159. Cp. Cooper v. Crane (1891) P. 369, и замечание, сделанное судьей Брет по делу Niboyet v. Niboyet (1878) 4. P. D. (C. A.) p. 20.

заключается в том, что если какое-либо предосудительное действие было совершено на английской территории, английскому суду должна быть открыта возможность исправить последствия этого действия. Чешайр[1], ссылаясь на дело Inverclyde v. Inverclyde[2], применяет правило о юрисдикции *forum loci celebrationis* (суда места оформления брака) только в отношении недействительных браков, но не в отношении оспоримых браков. Нам, однако, представляется сомнительным, оправдывает ли доктрина, сформулированная по делу Inverclyde v. Inverclyde, эту точку зрения.

77. Дело Inverclyde v. Inverclyde

Фактическая сторона этого дела заключалась в следующем. Брак между сторонами был оформлен в Англии, где истец (жена) имел место своего пребывания. Ответчик имел место своего пребывания иногда в Англии, иногда в Шотландии. Жена просила о признании брака недействительным, ссылаясь на импотенцию ответчика. Судья Бейтсон постановил, что он не имеет юрисдикции на принятие к своему рассмотрению этого иска. Он заявил: «Если признается разумным принцип, по которому при иске о расторжении брака юрисдикция в отношении развода зависит от домицилия, то она равным образом должна зависеть от этого домицилия и при иске о расторжении брака в связи с импотенцией». Он подчеркнул то обстоятельство, что различие между этими двумя формами расторжения брака является «только различием по форме» (формальным различием), и добавил, что в Соединенных Штатах Америки в таких случаях обычной формой освобождений от брачных уз является «расторжение брака, а не признание недействительным»; он цитировал решение шотландского судьи, устанавливавшее, что «импотенция не является помехой к созданию брака, но может быть основанием для его расторжения или резолютивным условием брачного договора».

Дайси придерживается того мнения, что это решение распространяет правило, которое оно устанавливает, только на браки, оспоримые в связи с импотенцией, и, по нашему мнению, это правильно. Точка зрения судьи, повидимому, была такова: в случае импотенции подлинным основанием для расторжения брака является не *ante-nuptial* (добрачный) факт импотенции, а тот *post-nuptial* (послебрачный) факт, что вследствие импотенции не последовало консумации действительного брака, т. е. создается такое же положение,

---

[1] *Cheshire*, pp. 344, 345.

[2] (1931) P. 29, p. 42. Против этого решения: Easterbrook v. Easterbrook (1944 г.) A. E. R. 90, по которому иск был отклонен (судья не приводит никаких соображений).

как если бы основанием к неконсумации послужил добровольный отказ одной стороны от консумации. Более позднее дело (несомненно послебрачного характера) было разрешено на том же основании, как разрешается по Закону о браке 1937 г.[1] случай неконсумации брака вследствие импотенции. Таким образом, в действительности имеет место только формальное различие между случаями, когда закон объявляет брак оспоримым, вместо того, чтобы разрешить развод; историческую основу этой особой формы можно найти в старой церковной идее[2] о том, что брак, хотя и надлежащим образом заключенный, по соглашению сторон, может стать таинством только в результате его консумации[3]. Трудно оправдать распространение правила, установленного для неконсумированного брака, на другие оспоримые браки—только потому, что в случае импотенции или отказа от консумации брак именуется оспоримым. Результат одинаковой трактовки оспоримых и недействительных браков[4] (не считая двух случаев—импотенции и отказа) во всяком случае следует признать более удовлетворительным, чем любое проводимое между ними различие. Бывает, что одно и то же препятствие к браку, если им пренебречь, порождает разные последствия в различных странах: например, брак лица, страдающего слабоумием, считается недействительным по швейцарскому закону и оспоримым—

---

[1] Edw. VIII и Geo. VI, Ch. 57, s. 7 subs. (I) (a). Это сопоставление импотенции и отказа, напоминающее нам старую схоластическую формулу: «*casus impotentiae involvit casum voluntatis*» (случай импотенции включает в себя случай добровольности), не известно континентальному праву. См. решение Cozens-Hardy M. R. по делу Naiper v. Naiper (1915), p. 184, 186.

[2] Современные кодексы признают добровольный отказ основанием для развода.

[3] Этот вопрос часто обсуждался, начиная с IX века. Хинкмар из Реймса писал: «*Nec habent nuptiae in se Christi et Ecclesiae sacramentum... si se nuptialiter non utuntur, i. e. si eas non subsequitur commixtio sexuum*» («Брак не является таинством Христа и церкви..., если он не совершается, т. е. если не последует половых отношений».) Грациан считал, что *coniugium desponsatione initiatur commixtione perficitur*(«Брак начинается с торжественного обещания, осуществляется совокуплением»). Папа Александр III (1180 г.) проводил различие между браком-таинством, который требует *copula carnalis* (плотской связи) и не может быть расторгнут, и браком без таинства, могущим быть расторгнутым *quoad vinculum* (пока он не есть связь). Принципиальное обоснование теологической доктрины дано в Genes. 2. 24. (erunt duo in una carne—да будут двое в единой плоти). См. *Esmein*, Le mariage en droit canonique (2-е изд., 1929) 1. 70, 119 et seq. Даже и сейчас церковь разрешает развод в случае *matrimonium non consummatum* (неконсумированного брака) Cod. iur. can. (1917) C. 1118, 1119.

[4] White v. White (1937) P. III, Easterbrook v. Easterbrook (1944) I A. E. R. 90.

по германскому гражданскому кодексу[1]. Таким образом, если брак был заключен в Англии, то имеются ли какие-либо существенные соображения в пользу предоставления суду юрисдикции в отношении признания брака недействительным, когда дело касается домицилированного (в Англии) швейцарца, и для отказа в юрисдикции в отношении домицилированного немца? По делу Ogden v. Ogden[2] английский суд подтвердил свою юрисдикцию в качестве *forum loci actus* (суда места совершения акта), когда речь шла о браке домицилированного француза в возрасте девятнадцати лет, женившегося в Англии на домицилированной англичанке без согласия своего отца. По французскому закону брак считался оспоримым[3], хотя английский суд, очевидно, полагал, что с точки зрения французского закона этот брак недействителен. По соображениям, не имеющим существенного значения для обсуждаемого вопроса, суд признал, что французское правило в данном случае не должно применяться, и поэтому отказал в иске. Отказался ли бы суд от юрисдикции, если бы он знал действительную норму французского права?

78. *Суд места пребывания?*

Наконец, высказывалось еще мнение о том, что юрисдикция по искам о недействительности брака принадлежит английскому суду по признаку места пребывания в Англии ответчика[4] или истца[5]. Это утверждение основано на прежней практике церковных судов, которые, однако, сталкивались с вопросами не международной юрисдикции, а местной компетенции судов. Оно покоится также на уязвимом положении, в соответствии с которым недействительный брак, «не будучи вообще браком», не может даровать жене домицилия мужа.

---

[1] Швейцарский гражданский кодекс §§ 16, 97, 102, № 2. Германский гражданский кодекс, §§ 114, 1331, 1304.

[2] (1908) P. (C. A.) 46, 80, 81.

[3] Французский гражданский кодекс, ст. 180, 182.

[4] *Westlake*, s. 49, cf. Niboyet v. Niboyet (1878) 4 P. D. 1, p. 9; 22. Вестлейк цитирует дело Williams v. Dormer (1852) 2 Rob. Eccl. 505, здесь спорный вопрос заключался в том, подпадает ли женщина под местную юрисдикцию представителя кентерберийского епископа. Ответ на этот вопрос зависел от того, находилось ли место ее пребывания в этом округе или в другом. Перенесение правил о местной компетенции суда на международную юрисдикцию кажется несколько произвольным упрощением.

[5] Roberts v. Brennan (1902) p. 143. Мы полагаем, что мотивы, приведенные судьей (юрисдикция церковных судов «основывалась на месте пребывания сторон»), не были достаточными для обоснования решения, так как ответчик не был английским резидентом.

4. Юрисдикция в отношении судебного разлучения супругов и восстановление супружеских прав

79. Отлучение от ложа и стола.

I. Можно сомневаться в том, имеет ли процедура судебного разлучения супругов своей целью изменение статуса (гражданского состояния) сторон. Термин «статус» неясен. В то время как статус женатого человека и холостяка—совершенно определенные понятия, нам представляется спорным, можно ли квалифицировать как «статус» положение лиц, разлученных в судебном порядке. Это, однако, вопрос чистейшей терминологии и поэтому несущественный. Судебное разлучение супругов не влечет одинаковых последствий во всех странах. Каноническое право, в котором можно найти исторический корень института разлучения, называет такое положение *solutio communicatio vitae conjugalis* (прекращением супружеской общности жизни) освобождающим, в случае измены, невиновную сторону от обязательства снова допустить другую сторону к совместной жизни, между тем как во всех остальных случаях обе стороны обязаны восстановить совместную жизнь, как только отпадает причина для их раздельного жительства[1]. В некоторых странах разлучение имеет своим последствием ослабление брачных уз в значительно большей степени, чем это предусматривается каноническим правом. В праве скандинавских стран[2] судебное разлучение применяется как подготовительный шаг к разводу; по истечении года (или нескольких лет) каждому из супругов разрешается просить о превращении разлучения в полный развод. Германский гражданский кодекс пошел настолько далеко, что установил, что судебное разлучение супругов влечет за собой все последствия развода, за исключением того, что ни одна из сторон не может вступить в брак с третьим лицом и что обе стороны могут восстановить свою совместную жизнь без каких-либо формальностей. Это постановление дало повод к широкой дискуссии о том, не становится ли по германскому закону судебное разлучение более тождественным с разводом, чем разлучение в церковном смысле[3].

---

[1] Cod. iur. can. c., 1128 et seq. До 1917 г. принято было говорить о *separatio a thoro* (*sic*!) *et mensa* (отлучение от ложа и стола), и это написание еще сохранилось в Англии, хотя Cod. iur. can., опустил бессмысленное «h» и, говоря о *separatio tori, mensae et habitationis* (отлучение от ложа, стола и жилища), улучшил латинский язык формулы.

[2] Швеция, Закон о браке 1919 г., VI, §§ 1, 3, 4; Норвегия, Закон о браке 1918 г., §§ 41—43; Дания, Закон о браке 1922г., §§ 52—54; Финляндия, Закон о браке 1921 г., § 76. Равным образом чехословацкий Закон о браке, разд. 13 (i), 15.

[3] Германский гражданский кодекс 1896 г., §§ 1586, 1587. Германо-австрийский закон о браке и разводе, 1938 г., § 86, отменил это правило и (§ 55) воспроизвел скандинавские нормы.

Положение, по которому разлучение, таким образом, является каким-то промежуточным статусом между полным браком и полным безбрачием, создаваемым в результате развода, особенно выдвигается в британских нормах о юрисдикции.

а) Иск о разлучении может быть предъявлен в английских судах, если стороны имеют свой домицилий в Англии. В этом отношении разлучение приравнивается к разводу[1].

б) С другой стороны, достаточно, чтобы обе стороны были английскими резидентами[2]; даже меньше того: если они имеют общую резиденцию в Англии в момент их разлучения, то, повидимому, достаточно, чтобы только один истец еще сохранил свою английскую резиденцию[3]. Это смягчение особенно существенно в интересах жены, которая не следует за своим мужем за границу потому, что он плохо с ней обращается. Она нуждается в защите против неприятных посещений, которые он может ей наносить в ее английском доме.

80. *Восстановление супружеских прав*

II. Здесь необходимо упомянуть об исках о восстановлении супружеских прав, хотя в связи с этим и не возникает вопроса о гражданском состоянии (статусе). Подобно искам о разлучении, эти иски часто являются подготовительными шагами к бракоразводному процессу и поэтому рассматриваются в том же аспекте. Юрисдикция определяется либо домицилием, либо местом постоянного пребывания мужа[4].

5. Признание законнорожденности и признание действительности брака

81

Английский суд обладает юрисдикцией в отношении вынесения решений об объявлении *adversas omnes* законности рождения данного лица:

---

[1] Eustace v. Eustace (1924) P. 45.

[2] Armytage v. Armytage (1898). P. 178, 186; Anghinelli v. Anghinelli (1918) P. (C. A.) 247.

[3] См. Perrin v. Perrin (1914) P. 135. Это дело, правда, касается не разлучения, а иска о восстановлении супружеских прав. См. дальше Raeburn v. Raeburn (1928) 44. T. L. R. 384.

[4] Thornton v. Thornton (1886) II P. D. 176. Dicks v. Dicks (1899) P. 275. Perrin v. Perrin (1914) P. 135. Yelverton v. Yelverton (1859) I Sw. and Tr. 574. Firebrace v. Firebrace (1878) 4 P. D. 63. По делу Milligan v. Milligan (1941) 2 AER 62, 66, муж уклонился от создания общего дома, тем самым он «прекратил сожительство». Его действительное место пребывания (резиденция) или, по выражению судьи Коллинза, «его физический дом» поэтому утратил свое существенное значение и должен быть заменен тем местом, «где он должен был бы создать «общий дом». Это место должно рассматриваться как его резиденция. В высшей степени удовлетворительное решение.

1) если это лицо является уроженцем Великобритании или если его право считаться британским уроженцем зависит от установления его законнорожденности или от действительности брака, и

2) если это лицо либо домицилировано в Англии (или Уэльсе) или в Северной Ирландии, либо претендует (по персональному или реальному иску) на имущество, находящееся там[1].

В отношении лица, отвечающего указанным двум условиям, суду принадлежит, далее, юрисдикция на объявление действительным *adversus omnes* брака этого лица или его родителей или прародителей.

Таким образом, критерием (для установления юрисдикции— *Прим. перев.*) является не один только домицилий, как это имеет место при исках о признании недействительности брака,—но сочетание либо домицилия и гражданства, либо местонахождения имущества (*situs rei*) и гражданства. На первый взгляд это может казаться удивительным: иностранцу, домицилированному в Англии, разрешается там обратиться с ходатайством об объявлении недействительным его брака, но ему не разрешается добиваться признания действительности брака или законности его рождения. Эта непоследовательность, однако, не причиняет ему значительного ущерба, поскольку он не лишен возможности доказывать законность своего рождения или действительность своего брака (или любого брака, если он имеет отношение к указанным обстоятельствам)—попутно (*incidenter*) в любом судебном процессе, исход которого зависит от установления этих фактов: например, когда он претендует на долю в наследстве, оставшемся без завещания после его родителей. Но доказав эти факты, он никогда не может обеспечить себе признание *in rem*, т. е. признание, действительное *inter omnes* (в отношении в с е х). Континентальные правовые системы не проводят такого различия между отдельными видами судебной процедуры при установлении гражданского состояния.

Более удивительным является другое различие, проводимое английским правом. В тех случаях, когда законность рождения какого-либо лица основана на последующем браке его родителей, английский суд обладает юрисдикцией на установление законнорожденности путем приказа *in rem*, независимо от того, будет ли это лицо британского гражданства, или только имеет там свой домицилий или постоянное пребывание или же оно является «полным» иностранцем[2]. Правда, узако-

[1] Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925 (15 and 16 Geo. V, c. 49) s. 188.

[2] Legitimacy Act, 1926 (16 and 17 Geo. V, c. 60) s. 2

нение само по себе регулируется английским правом только в том случае, если отец лица, признанного законнорожденным, имел свой домицилий в Англии (или Уэльсе) в момент заключения брака[1]. Но признание законнорожденности английским судом не зависит от того, было ли заинтересованное лицо признано законнорожденным по английскому закону или по закону любого иностранного государства, где отец в то время имел свой домицилий[2].

6. Несовершеннолетние и умалишенные

82. Несовершеннолетние

I. Английские суды[2a] могут в силу предоставленной им юрисдикции назначать опекуна над несовершеннолетним, контролировать, отстранять и заменять опекуна, если несовершеннолетний находится в Англии либо является британским подданным[3]. Ни домицилия, ни места постоянного пребывания в этом случае не требуется. Тот факт, что несовершеннолетний владеет имуществом в Англии, сам по себе недостаточен для того, чтобы создать юрисдикцию английского суда[4]. Но если по особым обстоятельствам дела находящееся в Англии имущество несовершеннолетнего требует защиты, компетенция английского суда едва ли будет оспариваться. Это, повидимому, следует из того факта, что английские суды принимали на себя юрисдикцию в тех случаях, когда умалишенные, находившиеся в Англии, владели расположенной там собственностью, требовавшей защиты[5]; вряд ли суд откажет несовершеннолетнему в защите, которую он оказывает умалишенному[6].

83. Умалишенные

II. Юрисдикция английского суда в отношении признания лица умалишенным также определяется присутствием данного лица в Англии, независимо от того, имеет ли оно там свой домицилий или постоянное пребывание. В отношении ума-

---

[1] Legitimacy AA, 1926 (16 and 17 Geo. V, c. 60), s. 1.

[2] Ibid., s. 8. См. дальше, § 373.

[2a] О назначении государственным секретарем опекунов над детьми-беженцами см. Guardianship (Refugee Children) Act, 1944, 7 and 8 Geo. VI, c. 8.

[3] Об этом см., в частности, Hope v. Hope (1854) 4 De G. M. и G. 328, 345; Re D. (Infant) (1943) 1 Ch. 305; In re Willoughby (1885) 30 Ch. D. 324; In re Pavitt (1907) 1 r. Rep. 234. Сравни дальше, § 391.

[4] Brown v. Collins (1883) 25 Ch. D. 56, 60, 61.

[5] Ex parte Southcot (1751) 2 Ves. Sen. 401. Re Scott (1874) 22 W. Rep. 748.

[6] Конечно, суд может принять на себя юрисдикцию или отказаться от нее по своему усмотрению.

лишенных это даже более необходимо, чем когда речь идет о несовершеннолетних, так как здесь принимается во внимание не только благополучие умалишенного, но и угроза общественной безопасности.

Еще не разрешен вопрос о том, достаточно ли одного только британского гражданства для создания английской юрисдикции в отношении признания лица умалишенным. Ответ, вероятно, будет утвердительным, как и в отношении несовершеннолетнего.

Наконец, основанием для принятия на себя юрисдикции английским судом может служить факт владения умалишенным имуществом в Англии, при условии, что это имущество нуждается в судебной защите[1].

7. Юрисдикция в отношении несостоятельности и ликвидации компании

84. Несостоятельность

I. Суд обладает юрисдикцией в отношении несостоятельности, если последует ходатайство либо от самого должника, либо от какого-либо кредитора—в обоих случаях при том условии, что должник совершил какое-либо «действие несостоятельности» («act of bankruptcy»), например, осуществил передачу имущества во вред кредиторам или уведомил кредитора о приостановлении платежей[2]. Однако в первом случае юрисдикция более широка, чем во втором.

1) В тех случаях, когда процесс возбуждается по инициативе должника, английский суд обладает юрисдикцией, если в момент совершения «действия несостоятельности» должник либо находился в Англии, либо имел там место постоянного пребывания, либо вел там дела (лично или через агента или управляющего, единолично или как член товарищества)[3]. Не требуется, чтобы он был британским подданным[4] или чтобы он был домицилирован в Англии.

2) Если ходатайство о признании несостоятельности возбуждается кредитором, одного только присутствия должника в Англии недостаточно (для возникновения юрисдикции.—*Прим. перев.*). В этом случае для возникновения юрисдикции английского суда требуется, чтобы должник был домицилирован в Англии,

---

[1] См. также дело Burbidge (1902) I Ch. (C. A.) 426; re Bariatinski (Princess) (1843) I Ph. 375; re Sottomaior (1874) 9 Ch. App. 677. Дальше, § 270.

[2] Bankruptcy Act, 1914 (4 and 5 Geo. V, Ch. 59) s. I.

[3] S. I. 3, 6, 18 ibid.

[4] До 1916 г. было иначе: тогда английский закон о несостоятельности применялся только к должникам, состоявшим в британском подданстве.

либо чтобы он на протяжении года до подачи обращения в суд обычно пребывал в Англии или имел там жилой дом или предприятие или вел там дела (лично или через агента или управляющего, единолично или в качестве члена товарищества)[1].

Это различие кажется несколько произвольным. Почему, например, во втором случае следует принимать во внимание домицилий, в то время как в первом он не имеет значения? Почему придается значение владению жилым домом в Англии во втором случае? Континентальные законы в обоих случаях ставят юрисдикцию в зависимость от обычного места пребывания должника (домицилия—в континентальном значении этого термина)[2] или от местонахождения его предприятия.

С точки зрения всех существующих правовых систем могут иметь место случаи, когда должник становится несостоятельным в нескольких странах. Английский суд сохраняет право на вынесение решения о несостоятельности должника даже после того, как такое решение уже было вынесено каким-либо иностранным судом. Но так как юрисдикция суда в отношении несостоятельности носит дискреционный характер, то факт признания должника несостоятельным может служить основательным мотивом для отказа в принятии ходатайства в Англии[3].

85. *Ликвидация*

II. Что касается юрисдикции в отношении ликвидации компаний или других частных ассоциаций, независимо от того, являются ли они юридическими лицами или нет, то совершенно очевидно, что английский суд обладает такой юрисдикцией в отношении компаний, зарегистрированных в Соединенном королевстве. Но юрисдикция английского суда распространяется[4] на все ассоциации, в частности, на иностранные компании, зарегистрированные вне Великобритании, если суд считает «обоснованным и справедливым» их обращение к ликвидации: например, если они не в состоянии уплатить свои долги или прекратили ведение своих дел в Англии.

Русские компании—банковские, страховые, промышленные и торговые—были ликвидированы по советскому закону и прекратили свое существование. Некоторые из них имели свои

---

[1] Bankrupcty Act. 1914, s. 4. subs. (1) (d).
[2] См. дальше, §§ 98, 130.
[3] Ex parte McCulloch (1880). 14. Ch. D. (C. A.) 716, 719. Ex parte Robinson (1883) 22 Ch. D. 816, 818.
[4] Companies Act, 1929, s. 337, 338 (I).

отделения как в Англии, так и в других странах. В отношении находящегося в Англии имущества этих компаний английский суд обладает юрисдикцией на их ликвидацию, как если бы они еще продолжали свое существование[1].

Примечание редактора. Вольф отрицает экстерриториальное действие наших законов о национализации в отношении имущества зарубежных филиалов русских банков, страховых обществ и других дореволюционных русских предприятий. В нашей юридической литературе неоднократно указывалось на то, что национализация этих предприятий распространялась на все их имущество, в чем бы оно ни заключалось и где бы оно ни находилось, и что решения иностранных судов, отрицавшие экстерриториальное действие этой национализации, по существу означают извращение совершенно ясного смысла наших законов и нарушение общепризнанных начал международного частного права (см. *И. С. Перетерский* и *С. Б. Крылов*, Международное частное право, 1940, стр. 100—101; *В. М. Корецкий*, Оговорка о публичном порядке в англо-американской судебной практике по делам, затрагивающим интересы СССР,—в Ученых записках Харьковского юридического института 1939; *И. С. Перетерский*, Борьба СССР за равноправие двух систем собственности в международных отношениях в Ученых записках Академии общественных наук, 1947, вып. 1). Можно указать и на высказывания в буржуазной литературе, в которых отстаивается экстерриториальное действие советских законов о национализации. См. в особенности Breer. Die Anwendung Sowietrussischen Rechts in der Praxis der deutschen, englischen u. französischen Gerichte. Würzburg, 1933, Kap. 3).

Бесспорные основания экстерриториального действия советских законов о национализации частной собственности вытекают из того, что права государства на принадлежащее ему имущество определяются по его собственным законам. Они вытекают также из того признаваемого и Вольфом принципа, что правовой статус иностранного юридического лица и судьба его имущества в случае «роспуска» этого юридического лица определяются по личному закону этого юридического лица (см. § 277 и сл.) М. Вольф стремится ограничить действие этого последнего принципа оговоркой о публичном порядке. Но мы уже указывали в предисловии к переводу настоящей книги, что оговорка о публичном порядке при таком ее применении—в нынешних условиях существования на земном шаре двух систем собственности—социалистической и капиталистической—перерастает в отрицание вообще всей области международного частного права. Возражения против такого применения оговорки о публичном порядке содержатся в словах британского судьи Скраттона, на которые Вольф ссылается в § 169, не считая, однако, своим долгом упомянуть, что слова эти относятся к обоснованию экстерриториального действия советских законов о национализации. Решение по делу Лютер-Сэгор 1921 г. (в котором и содержатся упомянутые высказывания судьи Скраттона) в последующей судебной практике получило ограниченное толкование, но это нисколько не умаляет его принципиального значения и необходимости подвергнуть его детальному анализу именно в связи с проблемой национализации—чего мы не находим в работе Вольфа.

Вовсе не упоминает автор о решении Верховного суда США 1937 г. по делу United States v. M. Belmont, в котором признано было действие национализации в отношении сумм бывшего Петроградского металлургического завода, депонированных до революции в банкирском доме

---

[1] Об этом см. дальше, § 287.

Бельмонт в США. О другом решении Верховного суда США 1942 г. по делу U. S. v. Pink, в котором также признано экстерриториальное действие наших законов о национализации, Вольф упоминает вскользь в примечании к § 500. Краткое освещение решений английского суда по делу Лютер-Сегор, а также по ряду других дел, см. Приложение [22].

Нельзя не признать, что весь этот метод освещения вопроса грешит против требований строгой научной добросовестности.

Отсутствие юрисдикции в отношении иностранного недвижимого имущества

86. *Иностранное недвижимое имущество*

Английскому суду не предоставлена юрисдикция на вынесение решений, касающихся прав на недвижимое имущество, расположенное вне Англии[1]. Этого же принципа придерживаются на континенте. Иски о правах на такого рода имущество относятся исключительно к компетенции суда места расположения имущества (*forum rei sitae*) .

Кроме того, в случае нарушения границ земельного участка, расположенного за границей, английский закон отказывает в юрисдикции английского суда в отношении исков об убытках, в то время как континентальные законы не рассматривают *forum rei sitae* в качестве суда, единственно компетентного выносить решения по таким искам[2].

В то же время английский суд может принять к своему рассмотрению иски, основанные не на праве собственности на иностранный земельный участок как таковой, но только на договорах, порождающих личное обязательство передачи права собственности. То же относится и к искам, основанным на праве справедливости (equity), так как право справедливости действует только в отношении лиц (*in personam*)[3]. Таким образом, английский суд может вынести решение об исполнении в натуре соглашения о закладной на земельный участок, находящийся за границей[4], или о выкупе или лишении права выкупа закладной на землю, находящуюся за границей[5], или об освобождении истца

---

[1] Mostyn v. Fabrigas (1775) I Comp. 161 (*Smith*, Leading Cases, 3-е изд., pp. 642, 659). См. *Bar* II, 431 et seq.

[2] British South Africa Co v. Companhia de Moçambique (1893), A. C. 602. По германскому закону иск об убытках при нарушении границ земельного участка может, но не обязательно должен, быть предъявлен в суде места расположения участка (forum situs); германский гражданский процессуальный кодекс, § 26.

[3] Ewing v. Orr-Ewing (1883) 9 A. C. 34, 40. Deschamp v. Miller (1908) I Ch. 863, 864.

[4] Penn v. Lord Baltimore (1750) I Ves. Sen. 444.

[5] Toller v. Garteret (1705) 2 Vern. 494. Paget v. Ede (1874), L. R. 18 Eq. 118.

от обременений, наложенных на иностранный участок в результате обмана со стороны ответчика[1]. Суд, в частности, может принять к своему рассмотрению предъявленный бенефициантом (cestui que) к доверительному собственнику иск о принудительном исполнении в отношении земельного участка за границей[2]. Во всех перечисленных случаях юрисдикция английского суда зависит от присутствия ответчика в Англии или от согласия суда (согласно Приказу XI) послать судебную повестку за пределы территориального района его юрисдикции.

---

[1] Arglasse v. Muschamp (1682) I Vern. 75.
[2] Jenney v. MacKintosh (1886) 33 Ch. D. 595.

Часть III

ВЫБОР ЗАКОНА. — ОБЩАЯ ЧАСТЬ

ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ О НАЦИОНАЛЬНЫХ НОРМАХ КОЛЛИЗИОННОГО ПРАВА

87. *Применение коллизионных норм страны суда*

I. В любой стране суды, органы, регистрирующие сделки с недвижимостью, органы, регистрирующие акты гражданского состояния, и другие государственные должностные лица при возникновении правовых вопросов обязаны применять коллизионные нормы своей страны. Английский суд применяет английские коллизионные нормы, французский суд—французские коллизионные нормы. Иностранные коллизионные нормы применяются только в виде исключения в случаях обратной отсылки (renvoi)[1].

Само собой разумеется, что Судебная комиссия Тайного совета применяет международное частное право соответствующего суда, например, канадские или индийские коллизионные нормы. Палата лордов, рассматривая шотландские дела, применяет шотландское международное частное право. Однако коллизионные нормы различных частей Британской империи в значительной своей части основаны на английском общем праве[2].

88. *Коллизионные нормы международных судов и арбитражей.*

II. Может случиться, что арбитражный суд, назначенный для разрешения спора, не имеет никакой системы коллизионных норм. Это имеет место в тех случаях, когда трибунал был организован в силу международной конвенции, заключенной между двумя или несколькими государствами, как, например, смешанные арбитражные суды[3], созданные согласно мирным договорам

---

[1] См. ниже, § 178 и след.

[2] Не только шотландские суды восприняли английские коллизионные нормы, но и, наоборот, некоторые решения шотландских судов рассматриваются английским правом как источник права, например Bel v. Kennedy (1868) L. R. I, Sc. App. 307, Udny v. Udny (1869), L. R. I, Sc. App. 441. Ramsay v. Liverpool Royal Infirmary (1930), A. C. 588.

[3] М. Гутцвиллер осуществил интересное исследование международного частного права, разработанного этими смешанными арбитражными судами. См. Internationales Jahrbuch f. Schiedsgerichtswesen, 3 (1931) 123, и Lipstein, 27 Grotius Soc. (1942) 149.

1919 г., или Постоянная палата международного правосудия[1]. Те же трудности возникают в случаях, когда третейский суд либо учреждается по соглашению между двумя частными сторонами, либо создается торговыми корпорациями как элемент их организации—с тем, чтобы любые торговцы или промышленники могли передавать на рассмотрение этого суда споры, возникающие по заключенным между ними договорам. Такие третейские суды были, например, созданы Американской торговой палатой, Международной торговой палатой в Париже и на многих фондовых биржах.

Если международная конвенция или частное соглашение о третейском суде не содержит правила, предусматривающего, какой закон должен применяться (при рассмотрении споров.—*Прим. перев.*), сложная задача отыскания применимого правила падает на третейский суд. В некоторых случаях нет необходимости дать ответ на вопрос о том, какой закон подлежит применению; это имеет место в тех случаях, когда все системы внутреннего материального гражданского права, между которыми надлежит сделать выбор, либо содержат одинаковые нормы, относящиеся к предмету спора, либо приводят к одному и тому же решению, несмотря на различие норм. В тех случаях, когда затруднение не устраняется таким путем, третейский суд должен исследовать системы международного частного права, действующие в тех странах, с которыми связано рассматриваемое им дело. В этих системах суд часто обнаружит настолько близкое сходство, что он будет иметь возможность применить общие коллизионные нормы. По претензиям, возникающим из договоров, все правовые системы практически ставят решение в зависимость от намерения сторон в договоре—прямо выраженного либо подразумеваемого, или презюмируемого[2]. Когда предметом спора является право собственности на земельный участок, суд применит *lex situs* (закон места расположения имущества), как это предусмотрено всеми системами международного частного права[1]. Когда, далее, по спору между французом и швейцарцем возникает сомнение относительно дееспособности кого-либо из них на заключение договора, арбитр разрешит этот вопрос согласно национальному закону соответствующей стороны, так как и по французскому и по швейцарскому законам[3] гражданство определяет дееспособность лица. Когда, однако, этот метод тщательного сравнения не приводит к решению вопроса, когда, на-

---

[1] См., например, решения по делам о сербских и болгарских займах № 14, 15, в Collect. of Judgments. of the Perman. Court, Series A, № 20/21.

[2] См. ниже, § 393 и след., § 411 и след.

[3] См. *Schnitzer*, Handbuch des (schweizerischen) Internationalen Privatrecht, p. 129 et seq.

пример, иск предъявлен между швейцарцем и англичанином и гражданское состояние одного из них находится под сомнением, третейский суд окажется в затруднительном положении. Он может:

а) Либо принять правило, установленное англо-германским смешанным арбитражным судом. Арбитр в этом случае применяет «закон, который должен был бы быть нормально применен, если бы не возникла война и не существовало мирного договора»[1]. Он поэтому исследует, какому нормальному судебному органу должна была бы принадлежать юрисдикция на рассмотрение иска. Если, отвлекаясь от войны и мирного договора, юрисдикция принадлежала бы только одному суду, разумно будет применить международное частное право, действующее в стране этого суда, так как всякий иной выбор закона может повлечь за собой изменение прав и обязанностей сторон. С другой стороны, когда юрисдикцией обладают несколько судов, англо-германский смешанный арбитражный суд признал «наиболее целесообразным установить подлежащий применению закон, исходя из международного частного права домицилия должника». Мы полагаем, что это правило не ясно и произвольно. Оно не ясно, во-первых, потому, что термин «домицилий» имеет различное значение, когда он употребляется в английском, французском или германском праве; во-вторых, потому, что это правило не указывает, домицилий какого должника, если имеется несколько должников, является решающим. Произвольно предположение, что если бы не было войны и мирного договора, то ответчик из нескольких компетентных судов выбрал бы именно суд домицилия должника; он, вероятно, выбрал бы тот суд, коллизионные нормы которого оказались бы наиболее благоприятными для его претензии, с наибольшей вероятностью обеспечивая ему быстрое и успешное исполнение решения.

б) Либо стремиться восполнить пробел таким же путем, как судьи всюду восполняют пробелы во внутреннем праве[2]. Тема настоящей книги не включает в себя исследования вопроса о том, каким образом весьма отличные друг от друга формулы, применяемые для нахождения решения, в основном приводят к одним и тем же результатам. Не имеет значения, будем ли мы считать, что, *silente lege* (когда закон молчит), судья должен руководствоваться «естественной справедливостью», или же что он должен следовать известному швейцарскому правилу: «Судья должен решать в соответствии с тем правилом, которое он установил бы в качестве законодателя»[3]. Во всяком случае, третейский суд

---

[1] Büsse v. British Manufacturing Stationery (1927). Recueil des décisions des tribun. arbitraux mixtes, 7, 345, p. 348.

[2] См. § 90.

[3] Швейцарский гражданский кодекс, ст. 1, § 2.

будет пытаться выяснить, где располагается, как это называет Савиньи, «местонахождение» (Sitz) рассматриваемого им правоотношения или его «центр тяжести» (Гирке) или с какой правовой системой оно имеет «наиболее реальную связь» (Вестлейк). Все это может означать то же самое, что и содержавшаяся в некоторых решениях смешанных арбитражных судов неясная и высокопарная формулировка, гласящая, что решение должно быть найдено судом «в соответствии с общими принципами международного частного права» (d'après les principes géneraux du (?) droit international privé)[1].

«Односторонние» и «двусторонние» коллизионные нормы. Пробелы в международном частном праве

89. Два вида коллизионных норм

Всякая норма, касающаяся коллизии законов в какой-либо стране *X*, может быть построена двояким образом. Она может ограничиться определением условий, при которых внутренний закон страны *X* регулирует данный случай. Она может также установить, какой иностранный закон должен применяться, если не применяется закон страны *X*. Первая система так называемых «односторонних» коллизионных норм была принята французским гражданским кодексом и некоторыми кодексами, основанными на французском праве[2]; она получила отражение в большинстве постановлений германского Вводного закона к германскому гражданскому кодексу[3] и в очень немногих английских законах, как, например, Legitimacy Act 1926 г.[4]. Вторая система «двусторонних» норм разработана английским общим правом, а также большинством современных кодексов, например, итальянским, португальским, греческим, бразильским, китайским и японским.

Правовая доктрина справедливо поддерживает главным образом вторую систему. Некоторые германские авторы, однако, восхваляли и рекомендовали законодателям первую систему—систему

---

[1] См., например, Recueil des décisions, 6, 427, и *Gutzwiller*, loc. cit., p. 135 et seq.

[2] Французский гражданский кодекс, ст. 3; бельгийский гражданский кодекс, ст. 3; румынский гражданский кодекс, ст. ст. 8, 9; квебекский гражданский кодекс, ст. 6, §§ 1 и 3; чилийский гражданский кодекс, ст. ст. 15 и 16; перуанский гражданский кодекс, Введение, титулы IV, V и др.

[3] Вводный закон (1896 г.) ст.ст. 8—10, 14—16, 18—20, 22—24. Странно, что тот же закон воспринял лучшую систему (многосторонних норм) в ст.ст. 7, 11—13, 17 и 21. Трудно объяснить такое различие.

[4] 16 and 17 Geo. V., c. 60, s. I и 8.

односторонних коллизионных норм[1]. Они мотивировали это тем, что задача национального законодателя заключается только в разграничении сферы действия его собственных внутренних норм и что постановление о том, какой из нескольких иностранных законов должен применяться, когда не применяется его собственный (национальный) закон, было бы вторжением в сферу иностранного законодательства. Такую позицию трудно оправдать. Законодателю надлежит сказать судьям своей страны, какой закон следует применять в том или ином случае. За показной «скромностью», суживающей задачу законодателя ограниченной группой проблем, может скрываться необоснованное стремление дать своему внутреннему праву более широкую сферу применения, чем это совместимо с так называемой «гармонией законов»[2].

90. Восполнение пробелов

Таким образом, первая система недостаточна. Оставляемые ею пробелы должны быть каким-то образом восполнены судом, и следует отметить, что всюду, где эта система действует на континенте (например, во Франции и Германии), суды по аналогии применяют к правоотношениям, не регулируемым собственным правом страны, — принцип, лежащий в основе односторонних норм[3].

Так, например, §§ 2 и 3 ст. 3 французского гражданского кодекса применяется так, как если бы она имела следующую редакцию: «Недвижимости подчиняются закону страны, в которой они расположены. Законы, касающиеся гражданского состояния и способности (право- и дееспособности) лиц, распространяются на граждан того государства, в котором эти законы действуют, даже если эти лица пребывают в другой стране»[4].

---

[1] *Schell*, 5 Böhm's Z. (1895) 337, *Niedner*, Einführungsgesetz (Kommentar), S. 13. *Hugo Neumann*, In Verhandlungen des 24 Deutschen Juristentags, 1897, I, 169, *Enneccerus*, Lehrbuch d. Bürger Rechts. I, § 59. Недавно один американский автор, *Sohn*, 55 Harvard L. R. (1942) 978, воспринял эту точку зрения.

[2] См. об этом выше, §§ 4 и 15.

[3] Позиция английского суда при интерпретации §§ 1 и 8 Legitimacy Act (16 and 17 Geo. V., c. 60) по делу Collins v. Att.-Gen. (1931) 145 L. T. 551,—не совсем ясна. См. об этом *Mendelssohn-Bartholdy*, Renvoi. p. 30.

[4] Сторонники первой системы, в частности Нейман, не отрицают, что оставляемые их системой пробелы должны быть восполнены. Они допускают также, что для этой цели необходимо выводить соответствующий ответ из односторонней коллизионной нормы. Но такой ответ, говорят они, есть ответ не на вопрос о том, какой местный закон должен быть применен, а на вопрос о том, какая страна предоставляет необходимую коллизионную норму. Например, по поводу § 3 ст. 3 французского гражданского кодекса они не сказали бы. что гражданское состояние и способность (право- и дееспособность) лица регулируются национальным за-

Это, однако, не означает, что можно говорить о существовании совершенной системы коллизионных норм. Даже в тех странах, как, например, во Франции, Германии, Италии или Швейцарии, где законодатель стремится создать законченную систему норм внутреннего права, он не стремится достигнуть полноты в области международного частного права. Само собой понятно, что в Англии, где фактически все право вообще не кодифицировано, еще нет ничего похожего на совершенную систему коллизионных норм. Кроме того, в тех случаях, когда коллизионные нормы были разработаны, они часто противоречат одна другой[1], и иногда трудно указать правовой принцип, на котором суд основал то или иное решение. Итак, во всех странах[2] в области международного частного права оставлено значительно больше пробелов, чем в материальном гражданском праве. Как восполнить эти пробелы?

В области чисто материального права часто обсуждался вопрос о том, как следует разрешить дело, когда нет никакой авторитетной директивы в виде прецедента или закона. Судья отыскивает аналогии в своей собственной правовой системе, он принимает во внимание существо дела и, следуя своему судейскому здравому смыслу, развивает новый принцип, по возможности приближающийся к общей системе внутреннего права его страны. Он редко будет склонен заглядывать в современные кодексы иностранных государств, хотя он может иногда проверять свое решение, прибегая к вековой мудрости римских юристов, к мнениям таких великих юристов, как Савиньи и Стори, и к решениям судов Соединенных Штатов или Шотландии. Если скажут, что он в этих случаях действует как законодатель, то

коном его страны, но сказали бы, что эта страна определяет (через свои коллизионные нормы), какой закон распространяется на гражданское состояние и способность (право- и дееспособность) лица: если этим лицом является, например, англичанин, домицилированный в Швейцарии, то, согласно французской норме, английский закон должен решить вопрос о том, какой закон должен быть применен, и так как по английскому закону гражданское состояние определяется домицилием, французский судья должен, следовательно, применить швейцарский закон. Таким образом, доктрина односторонних коллизионных норм в конечном итоге приводит к системе многосторонних коллизионных норм с признанием системы автоматической отсылки (renvoi). Мы полагаем, что хотя доктрина отсылки в основном разумна (см. ниже, §§ 192, 193), она должна была бы базироваться не на таком хрупком академическом суждении, а на той пользе, которую она по существу может принести.

[1] Примеры такого противоречия можно найти в доктрине отсылки, в нормах договорного права, в определении закона, который должен применяться в отношении способности (право- и дееспособности), и многих других.

[2] За исключением Польши и государств, подписавших конвенцию в Монтевидео, а также кодекса Бустаманте.

это будет верно, но с некоторой оговоркой. Он законодатель, который, вопреки своему собственному желанию, озабочен не тем, чтобы изменить закон: он законодатель, который дополняет, но, если возможно, не изменяет. Все сказанное в одинаковой мере относится и к судье, которому приходится восполнять пробелы, обнаруженные в коллизионных нормах. Здесь, однако, следует учитывать новый элемент: судья в этом случае должен содействовать тому, чтобы коллизионные нормы приобрели со стороны своего существа международный характер, он имеет в виду идеал так называемой гармонии законов[1]. Судья поэтому может оказаться обязанным—в большей мере, чем он делает это, когда он восполняет пробелы в своем внутреннем праве,—принимать во внимание некоторые нормы иностранного международного частного права, относящиеся к стоящей перед ним проблеме.

КОЛЛИЗИОННЫЕ ПРИВЯЗКИ

91. Значение этого термина

В каждом фактическом составе дела имеется одно или несколько обстоятельств, которые могут служить «критериями» для решения вопроса о законе, который должен быть применен в данном случае. Если, например, британский подданный, домицилированный в Италии, составляет завещание во Франции и умирает, оставив недвижимое имущество в Швейцарии,—обстоятельствами, которые могут оказаться решающими, будут: его британское гражданство, его итальянский домицилий, французское *locus actus* (место совершения акта) и швейцарское *situs rei* (место нахождения имущества). Континентальные юристы называют эти определяющие факторы коллизионными привязками (Anknüpfungspunkte, points de rattachement, momenti di collegamento). Американская частная кодификация (Restatement) упоминает о points of contact. В нашей книге будет применяться либо американский термин, либо выражение «определяющий фактор» («test factor»), или «связующий фактор» («connecting factor»).

92. Основные коллизионные привязки

Наиболее существенными из этих коллизионных привязок являются следующие:

1) Гражданство лица, его домицилий, место его постоянного пребывания, место его временного пребывания, место его происхождения и, в интерперсональном праве[2] (interpersonal

[1] См. выше, §§ 4 и 5.
[2] См. выше, § 5 (3).

law) — группа лиц, к которой данное лицо относится (индус, магометанин и т. д.). Эти определяющие факторы будут рассмотрены ниже.

2) Местонахождение юридического лица; оно может быть определено различными путями[1].

3) Situs (местонахождение) вещи, т. е. место, где вещь находится или предполагается находящейся. В частности, *lex situs* (закон местонахождения вещи) является решающим, когда речь идет о *iura in rem* (о праве на вещь).

4) Флаг судна. Он заменяет собой гражданство лица и местонахождение (*situs*) вещей. Флаг фактически является решающим во всех юридических отношениях, в которые вступает судно и его капитан или собственник, как таковой. Он фигурирует также и в договорных отношениях, в частности в договорах о зафрахтовании, если только стороны не выразили намерения исключить применение права флага[2]. Если судно не имеет права плавать под флагом определенной страны или если оно поднимает флаг государства, состоящего из нескольких стран,—решающим является закон страны, в которой судно зарегистрировано[3].

5) Место, где было совершено юридическое действие, например, заключен договор, оформлен брак, совершено завещание, допущено правонарушение. Закон места совершения акта (*lex loci actus*) имеет особенно существенное значение в случаях, относящихся к договорам и правонарушениям.

6) Место, где предполагается действие акта, так, например, место исполнения договорных обязательств, место, где должны осуществляться полномочия по доверенности.

7) Соглашение договаривающихся сторон о законе, которому должен подчиняться их договор. См. об этом дальше, §§ 394—405, о *lex voluntatis* (добровольно избранном законе).

8) Место, где начат судебный процесс или где совершаются другие официальные действия, как, например, записи в земельном реестре или предоставление привилегий, концессий или патентов. Закон места суда (*forum*) имеет особенно существенное значение, так как им регулируется вся «процедура» и он применяется во всех тех случаях, когда не может быть установлено содержание иностранного закона, который должен был бы быть применен, или когда применение иностранного закона исключается по соображениям публичного порядка.

---

[1] См. ниже, §§ 279—281.

[2] Lloyd v. Guibert (1865), I. Q. B. 115, 125. The Gaetano and Maria (1882) 7 P. D. (C. A.) 137. The Industrie (1894) P (C. A.) 58, 76. The Njegos (1936) P 90, 106. The Adriatic (1931) P. 241, 246. См. дальше, § 416

[3] См. *Dicey*, Rule 165, p. 686.

Домицилий и гражданство как коллизионные привязки

93. *Сущность вопроса*

Какой закон является наиболее подходящим для определения статуса (гражданского состояния) лица и его способности (право- и дееспособности), для регулирования его брака или развода, наследования его движимого имущества и любого иного вопроса, касающегося его личного положения? Будет ли это закон его домицилия или места его происхождения или закон его гражданства? Этот вопрос очень часто обсуждался юристами и теоретиками права всех стран, но не было достигнуто никакого согласия относительно каких-либо положительных выводов, хотя, как будто бы, место происхождения единодушно отвергнуто в качестве критерия, и это правильно.

94. *Принцип происхождения.*

Нет никакого сомнения в том, что для концепции «происхождения» здесь нет места. Она является пережитком тех времен, когда еще не существовало вполне разработанного понятия государства как юридической организации граждан и, следовательно, не было понятия о гражданстве как членстве в этой корпорации. Предтечей концепции гражданства было римское понятие о членстве в государстве (*civitas*), в обществе граждан (*municipes*). По римским понятиям, членство действительно основывалось на происхождении в пределах *civitas* (гражданского общества), причем этот термин обозначал не место рождения лица, но место происхождения его отца, а в отношении незаконнорожденного ребенка—его матери[1]. Это понятие «происхождения» (*origo*) как критерия для персональных прав сохранялось в прусском праве[2] вплоть до 1900 г. Оно еще до известной степени сохраняется в английском и англо-американском праве, где оно слилось с концепцией «домицилия», так же как германские и голландские авторы, начиная с XVII столетия, объединили эти два понятия и стали говорить о *domicilium originis* (домицилии по происхождению[3]). Концепция происхождения, кроме того,

---

[1] «Civitas, ex qua pater naturalem originem ducit», Dig. 50. I. 6. I. См. также Dig. 50, I, 1, 2, и Savigny, VIII, § 351.

[2] Allgemeines Landrecht (1794)., Вводн. часть, §§ 23—25. Прусские постановления были схожи с английским законом, поэтому их можно здесь цитировать: «Личные качества и права лица регулируются законами той сферы юрисдикции, где находится действительный домицилий этого лица. Простой выезд из места этой юрисдикции не изменяет его личных прав или обязанностей, если только не будет бесспорно установлено его намерение избрать для себя новый домицилий. Покуда лицо не имеет твердо установленного домицилия, его личные права и обязанности определяются местом его происхождения».

[3] *Savigny*, § 359, note q.—*Cassin*, Rec., loc. cit.

сохранила некоторое вспомогательное значение в межпровинциальном (*inter-local*) праве некоторых новых современных государств, например Югославии, Чехословакии, где в разных частях территории государства действуют различные правовые системы: там персональные права граждан определяются не их домицилием, а происхождением[1]. За исключением этих пережитков, происхождение полностью утратило характер критерия, и выбор должен быть сделан между гражданством и домицилием.

95. Страны, принявшие принцип гражданства

Крупным событием в истории права явилось введение французским гражданским кодексом принципа гражданства. Большинство современных государств последовало примеру Франции.

Бельгия, Люксембург, Монако просто приняли французский кодекс, другие государства создали свои собственные кодексы на основе французского кодекса, например, Гаити (1825 г.), Нидерланды (1829 г.), Доминиканская республика (1845 г.), Греция (даже до 1856 г.)[2], Италия и Румыния (1865 г.), Португалия (1867 г.), Испания (1888 г.), или на основе испанского или португальского права—Эквадор (1843 г. и 1887 г.), Чили (1855 г.), Сальвадор (1860 г.), Венецуэла (1867 г. и 1922 г.), Уругвай (1868 г. и 1914 г.), Колумбия (1873 г.) Коста-Рика (1887 г.), Куба (1888г.), Гондурас (1906 г.), Бразилия (1916 г.), Панама (1916 г.), Мексика (1926 г.). Принцип гражданства, кроме того, был воспринят австрийскими судами, швейцарским правом (1881 г., 1891 г. и 1907 г.)[3], германским гражданским кодексом (1896 г.), Венгрией, княжеством Лихтенштейн, Чехословакией, Болгарией, Югославией, Албанией, Турцией, Финляндией и Швецией и польским законом о международном частном праве 1926 г. В Азии принцип гражданства был введен в Японии (1898 г.) и Китае (1918 г.). Этот принцип был также воспринят многими международными договорами, в частности, Гаагскими конвенциями о семейном праве (1902 и 1905 гг.) и Женевскими конвенциями о векселях и чеках (1930 и 1931 гг.)

В некоторых, к счастью, немногих странах принцип гражданства был принят только в отношении граждан своей страны в том смысле, что эти граждане подчиняются своему национальному закону, даже когда они проживают за границей, в то время как иностранцы, находящиеся в этой стране, подчиняются закону

---

[1] *Von Caemmerer*, R. Vgl. HWB, IV, 347.

[2] См. *Vallindas*, Rabel's Z., 10, 1013.

[3] В швейцарском праве имеются, однако, некоторые исключения в пользу принципа домицилия. См. *Carasso*, Des conflits de lois en matière de capacité civile, 1938.

своего домицилия (Австрия)[1] или даже территориальному закону этой страны (Советская Россия). Совершенно очевидно, что такая позиция дискриминации в пользу своих собственных граждан несовместима с обязанностью законодателя — всегда иметь в виду цель достижения международной гармонии законов.

Примечание редактора. Все это утверждение—следствие незнакомства Вольфа с советским коллизионным правом. Приписывать советскому праву дискриминацию против иностранцев—значит извращать действительное положение вещей, ибо советское право не знает дискриминации в вопросах правоспособности человека, тогда как все без исключения капиталистические страны в той или иной степени осуществляют эту дискриминацию.

В буржуазных правовых системах ни принцип определения прав по закону гражданства лица, ни принцип определения этих прав по закону домицилия не проводятся последовательно: так, например, в ст. 25, предл. 2 Вводного закона к германскому гражданскому уложению указано, что «немец может к наследству иностранца, домицилированного в Германии, предъявить наследственные претензии, основанные на германском праве, хотя бы они и не были обоснованными по тому иностранному праву, которому подчиняется наследование». Французское право в вопросах наследования также проводит дискриминацию, направленную против иностранцев и создающую привилегии в пользу своих граждан (так называемое droit de prélévement). (См. другие примеры: *Л. Лунц*, Коллизионные вопросы семейного и наследственного права, Ученые записки Всесоюзного института юридических наук, вып. II, 1941, стр. 152 и сл.).

Но основное значение имеют даже не эти постановления закона, а практика применения буржуазными судами коллизионных принципов. При применении, например, принципа домицилия для определения прав иностранца оказывается, что совершенно различные критерии действуют для буржуа, с одной стороны, и для рабочего—с другой. (См. по этому вопросу практику британских судов и судов британских доминионов: *Л. Лунц*, назв. соч., стр. 149 и сл.).

Напрасно, таким образом, Вольф приписывает советскому праву несвойственные ему черты и не отмечает те многочисленные случаи дискриминации, которые составляют характерную особенность буржуазной практики.

96. *Страны, придерживающиеся принципа домицилия*

Другая система определяет статус (гражданское состояние) и персональные права по закону д о м и ц и л и я. Этот принцип, преобладавший во всей Европе до введения французского кодекса, еще сохраняется в Дании, Норвегии[2] и в тех южноамериканских государствах, которые присоединились к конвенции Монтевидео

---

[1] Такова, по крайней мере, точка зрения лучших австрийских авторов (*Under*, System des österr. Privatrechts, 1876, 1, 164, *Pfaff und Hofmann*, (Excurse, I, 106) и она подтверждается содержанием §§ 4, 34 австрийского гражданского кодекса 1811 г. Вопрос, однако, остается под сомнением, и суды часто применяют принцип гражданства также и в отношении иностранцев.

[2] В Швеции и в Финляндии он применяется только в отношениях между Скандинавскими странами.

(Аргентина, Боливия, Парагвай, Перу и Уругвай)[1], также в двух государствах Центральной Америки (Никарагуа в 1903 и Гватемала в 1926 гг.) и фактически, хотя и в очень своеобразной форме, в Соединенном королевстве, Британской империи и в Соединенных Штатах Америки.

97. Преимущества и недостатки

Об системы имеют свои преимущества и свои недостатки. Система домицилия рассматривает статус лица, его способность (право- и дееспособность) и его персональные права как нечто, тесно связанное с его личным домом и его семьей, так как они определяют место его оседлости. Эта система разрешает всякому лицу изменить закон, регулирующий его личное положение, личным действием, т. е. путем перемены своего домицилия. Это, так сказать, индивидуалистическая и либеральная система. Она считает несправедливым, чтобы человек, покинувший свою страну по каким-либо экономическим или политическим соображениям, должен был, тем не менее, в таких вопросах, как брак, воспитание детей, совершение завещания, подчиняться правовой системе, которую он не считает своей и которую он больше не признает своим законом. В основе этой системы лежит желание исключить вмешательство государства в личные дела тех его граждан, которые покинули его территорию и поселились за границей. С другой стороны, система гражданства (национальная система) основывается на идее, считающей, что человек более глубоко уходит корнями в свою нацию, чем в свой дом, что, по выражению Манчини, личность познается через национальность. Часто высказывается взгляд, что если кто-либо покидает свою страну, не порывая своих национальных уз, он должен продолжать подчиняться всем законам своего государства и не должен располагать правом изменять свой статус и свою способность (право- и дееспособность) путем «частного» действия, т. е. путем эмиграции. Таким образом оказывается, что принцип домицилия обладает некоторыми преимуществами. Его основные недостатки заключаются, во-первых, в том, что часто бывает значительно труднее с уверенностью определить домицилий какого-либо лица, чем его гражданство, так как домицилий в значительной степени зависит от намерения, которое трудно доказать[2], в то время как перемену гражданства почти всегда можно удостоверить официальными документами. Далее, концепции домицилия резко отличаются друг от друга: не только в различных государствах,

---

[1] В Уругвае принцип домицилия действует только постольку, поскольку это касается других стран—участников конвенции. За этим исключением во всех остальных случаях определяющим фактором является гражданство.

[2] См. May v. May, (1943) 2 A. E. R., 146.

но даже в пределах одного и того же государства часто возникают серьезные расхождения в толковании этого понятия, между тем как концепция гражданства свободна от такой неясности. Наконец, там, где принцип домицилия преобладает, всегда имеется опасность фиктивной перемены домицилия, предпринимаемой с целью заключения брака, запрещенного по закону действительного домицилия, или с целью получения развода и тому подобное.

В тех случаях, когда решающее значение имеет гражданство, такой обход закона едва ли возможен.

С точки зрения двух заинтересованных государств—государства, гражданином которого является данное лицо, и государства, в котором это лицо имеет свой домицилий,—совершенно очевидно, что государство с очень смешанным населением, как, например, основные страны иммиграции в обеих частях Америки, так сказать, нуждается в принципе домицилия для того, чтобы достигнуть некоторого внутреннего слияния своего населения и чтобы избежать необходимости применения разных законов в каждом конкретном случае. В этих государствах система гражданства может быть терпима только в том случае, когда возможность натурализации облегчена в большей степени, чем это желательно, или когда, как это имело место в Венецуэле в 1850 г. и в Бразилии в 1889 г., государство даже навязывает свое гражданство всем лицам, пребывающим на его территории, и, таким образом, под системой гражданства скрывается система домицилия. В то же время государства, из которых эмигрирует большое количество граждан, как, например, Германия, Австрия и Италия, часто склонны сохранить систему гражданства для того, чтобы, насколько это фактически возможно, поддерживать связь между своими гражданами и страной происхождения. Спорно, однако, заслуживает ли защиты такого рода интерес; он носит оттенок *sacro egoismo* (священного эгоизма) и скрывает стремление к экспансии и к возможности осуществления известного контроля в пределах сферы иностранных государств.

Принцип домицилия кажется, далее, более предпочтительным для стран, где существует различное местное внутреннее право в разных частях их территории, как, например, Соединенное королевство, Канада, Соединенные Штаты Америки и некоторые из новых государств, созданных после войны 1914—1918 гг.— такие, как Чехословакия и Югославия. Если некоторые страны, например, Польша, тем не менее применяли систему гражданства, то они все же нуждаются в вспомогательной системе для того, чтобы установить статус своих собственных граждан, а это наилучшим образом может быть построено на критерии домицилия. Наконец, все государства, применявшие принцип гражданства, стояли перед необходимостью решить, какое именно

гражданство является решающим в тех случаях, когда одно и то же лицо имеет больше, чем одно гражданство, и какова будет коллизионная привязка, когда вопрос касается лиц без гражданства. В обоих случаях закон должен будет принимать во внимание домицилий (или место постоянного пребывания) заинтересованного лица.

По очень грубому подсчету, сделанному аргентинским юристом Зебалбосом, 500 миллионов людей проживали (в 1909 г.) в странах, где господствует принцип домицилия, между тем как 460 миллионов подчинялись системе гражданства.

БИБЛИОГРАФИЯ

Champcommunal, Rev. Darras 1909, 536, 1910, 57, 712. *Jordan*, ibid. 1922. 672. *Bustamante*, ibid. 1927, 375. *Simons*, 15 Rec. (1926 V.) 525, *Cassin*, La nouvelle conception du domicile, 34 Rec. (1930, IV). 737. *C. v. Schilling*, in Rabel's Z. S. (1931) 633. Annuaire, 36, 1, 163, 182; 11, 69, 237: 37, 186, 425, 566. *Neuner*, 20 Canadien Bar. Rev. (1942) 493 et seq.

ДОМИЦИЛИЙ

98. Понятие домицилия

Домицилием лица называется место или страна, которая законом рассматривается как место его оседлости, как его «центр тяжести»[1]. Это понятие—общее для всех правовых систем, но они разными путями определяют место, которое следует рассматривать как место оседлости.

1) Вопрос о том, является ли какое-либо место, с точки зрения закона, местом оседлости данного лица, разрешается правом, тогда как понятие «привычной и обычной резиденции» (места постоянного пребывания)[2] зависит исключительно от фактов, причем здесь право не играет никакой роли. Так, например, жена может иметь свое место постоянного пребывания в любом месте земного шара, совершенно независимо от места пребывания мужа. Однако по закону местом ее оседлости считается домицилий ее мужа, даже если она никогда не видела этого места и не обязана и не желает там жить. С другой стороны, во всех правовых системах понятие домицилия тесно связано с понятием обычного места постоянного пребывания, и имеются веские основания к тому, чтобы различие между этими понятиями довести до минимума. Обычное место постоянного пребывания является базисом, на котором строится концепция домицилия по выбору (*domici-*

---

[1] Att.—Gen. v. Jule (1931) 145, L. T. 9, 11 (per Rowlatt, J.).

[2] Часто употребляется другое выражение «permanent house» (постоянный дом). Но если лондонский дом, принадлежащий *A*, в котором он живет, был разрушен, он больше не имеет дома в Лондоне, хотя он и может сохранить там свое «обычное пребывание».

lium voluntarium), и даже в тех случаях, когда домицилий устанавливается в силу действия закона (*domicilium necessarium*), как это имеет место в отношении жены,—такой домицилий в огромном большинстве случаев совпадает с местом обычного постоянного пребывания.

2) Домицилий следует искать в определенном «месте или стране». Таким местом может быть дом, квартира, одна комната, палатка, легковой автомобиль или судно[1]. Иногда, однако, бывает невозможно установить определенное место жилья, и для целей международного частного права это не имеет значения. Достаточно установить «страну», в которой лицо домицилировано, например, установить, что его домицилий находится в Англии и Уэльсе[2], а не в Шотландии. Но не имеет значения, пребывает ли оно в Лондоне, Бирмингаме или Кардифе, а если в Лондоне, то в какой именно части его.

Даже если установлено, что это лицо не имеет никакого определенного места жительства в стране, оно все же может иметь там свой домицилий. По шотландскому делу Arnott v. Groom[3] судья заявил: «Многие старые холостяки никогда не имеют дома, который они могли бы назвать своим. Они перемещаются из гостиницы в гостиницу, с курорта на курорт, не заботясь об удобствах более постоянной резиденции... В одном случае дворянин, постоянно проживал в гостиницах и не желал иметь никаких слуг, кроме официантов; но он в связи с этим не потерял своего домицилия». Такое положение признается также английским и американским правом[4]. Понятно, проводится различие, если гостиницы, в которых такое лицо обычно живет, находятся в разных странах, если только нет мотивов для признания за одной из них преобладающего значения.

99. *Всякое лицо имеет только один домицилий*

По английскому праву, каждый человек имеет домицилий[5]. Лиц, не имеющих ни обычного места постоянного пребывания, ни постоянного жилья, закон наделяет фиктивным местопребыванием, которое, таким образом, становится их юридическим

---

[1] Restatement, s. 17. (Домицилием считается «то место, в котором экипаж регулярно остается в течение значительного периода времени каждый год и на более длительный период, чем он обычно остается в другом месте»).

[2] Англия и Уэльс—одна страна.

[3] (1846) 9 Sess. C. 142, 150. См. *Dicey*, p. 73, note.

[4] In re Craignish (1892) 3 Ch. (C. A.) 180, 192 (Читти); *Westlake*, p. 343. *Beale*, I, 126, note I.

[5] См. шотландское дело Udny v. Udny (1869), L. R. I. Scot. и Div. App. 441, 453, 457.

домицилием, определяющим их гражданское состояние. Английская норма была воспринята американским правом[1], тогда как она не была известна римскому праву и неизвестна всем современным континентальным правовым системам.

Английская и американская системы права, кроме того, не разрешают одному лицу иметь больше чем один домицилий одновременно[2]. В этом отношении английское право сходится с французским и со всеми современными правовыми системами, происходящими от французского права. Согласно французскому гражданскому кодексу[3], домицилием лица считается то место, где оно имеет основное обзаведение (principal établissement). Однако трудности, возникающие при определении того, какое из двух обзаведений является «основным», побудили некоторых французских юристов рекомендовать *de lege ferenda*—систему множественного домицилия[4].

Этой системе множественности, действовавшей в римском праве[5] и еще сохраняющей свою силу в Германии[6], можно действительно отдать предпочтение, поскольку это касается вопросов юрисдикции. Когда закон разрешает кредитору предъявить иск в суде домицилия должника,—а это допускается всеми континентальными правовыми системами,—несомненно, было бы справедливым предоставить кредитору возможность выбора между «обзаведениями» должника и, таким образом, освободить его от трудностей, связанных с выяснением того, какое именно из них является «основным» обзаведением. Но в области международного частного права система множественного домицилия стеснительна.

БИБЛИОГРАФИЯ

J. G. Foster, 16 Brit., J. B., 1935, 84; *Foster*, Théorie anglaise, 30. *Bentwich*, Rabel's Z., S.5 (1931) 57; 6 (1932) 715. *Bentwich*, Le développement récent du principe du domicile en droit anglais, 49 Rec (1934), III) 377. *V. Tedeschi*. Il domicilio nel diritto internazionale privato, 1933. *Rheinstein*, In Giurisprudenza comparata, I, 1932 (1936) 141. *J. H. C. Morris*, Br. J. B. 1937, 32. *Levasseur*, Le domicile et sa détermination en droit internat. privé, 1931. *Grunberg—Vinaver*, Domicile, Répert. *V. Cordier*, J. Clunet, 1937, 970. *Barbosa de Magalhaes*, La doctrine du domicile, 23 Rec. (1928, III) 5. *H. W. Holt*, 39. Michig L. R. (1941) 689. *Farnsworth*, 59 L. Q. R. (1943), 219.

---

[1] Restatement, § II.

[2] Udny v. Udny, loc. cit., Restatement, § II.

[3] Ст. 102.

[4] См. *Josserand*, Cours de droit civ. I, No 238.

[5] Dig. 50, 1, 5; 6, § 2; 27, § 2.

[6] Германский гражданский кодекс, S. 7, § 2.

ПРИОБРЕТЕНИЕ И УТРАТА ДОМИЦИЛИЯ

1. Домицилий происхождения

100. Домицилий происхождения

Согласно английскому и англо-американскому праву[1], каждое лицо при рождении приобретает так называемый домицилий происхождения. Таким домицилием не является страна, в которой лицо родилось, а также не страна, в которой его родители постоянно пребывают, а страна, в которой отец домицилирован в момент рождения ребенка. Если отца нет в живых или если ребенок незаконнорожденный,—его домицилий следует домицилию его матери[2].

Отец может иметь домицилий по выбору; в этом случае такой домицилий становится для ребенка домицилием происхождения. В наиболее часто встречающихся случаях, когда отец не устанавливает своего домицилия по выбору, его домицилий происхождения является решающим. Это иногда вызывает необходимость установить домицилий происхождения деда или даже итти еще дальше, обращаясь к предкам ребенка. Из сказанного следует, что лицо может при рождении получить свой домицилий в стране, с которой он лично не имеет никакой фактической связи. В таких случаях не только слово «домицилий» не является подходящим, но сама норма встречает возражения[3]. Архаическая и феодальная идея о том, что человек принадлежит той стране, которой принадлежали его предки в эпоху миграции населения, уже потеряла свое значение.

101. Домицилий и закон рожденность

Затруднения возникают тогда, когда приходится решать, рожден ли ребенок в законном браке или же он незаконнорожденный, ибо по английскому закону решение этого вопроса зависит от закона домицилия ребенка[4], а этот домицилий зависит от законности рождения ребенка. Этот порочный круг может быть разорван следующими соображениями: ребенок считается незаконнорожденным, когда на всем земном шаре нет ни одного человека, который по закону своего домицилия был бы его законным отцом. Следовательно, если по закону домицилия отца ребенок считается законнорожденным, этот домицилий переходит

---

[1] Restatement, § 14. См. германский гражданский кодекс, § 11.

[2] Udny v. Udny (1869) L. R. 1; Sc. и Div. App. 441, 457. Re Wright's Trusts (1856) 25 L. J. Ch. (N. S.) 621. Urquhart v. Butterfield (1887), 37 Ch. D. 357.

[3] Ср. *Foster*. Théorie anglaise, p. 32.

[4] Doe de Birtwhistle v. Vardill (1835), 2 Cl. и Fin., 571, 574. In re Don's Estate (1857), 4, Drew., 194, 197.

к ребенку, и в этом случае уже не имеет значения, будет ли ребенок по законам домицилия матери рассматриваться как законнорожденный или нет. Наоборот, если по закону домицилия отца ребенок не считается законнорожденным (и если нет никакого другого лица, которое могло бы быть его законным отцом), то ребенок приобретает домицилий своей матери, независимо от того, будет ли он по закону этого домицилия рассматриваться как законнорожденный или нет.

Пример. Домицилированный серб оформляет свой брак с сербской девушкой, домицилированной в Париже, во французской регистратуре, не выполняя религиозного обряда; этот брак считается недействительным по сербскому закону[4] и действительным—по французскому закону. Спустя несколько месяцев супруги расходятся; муж продолжает проживать в Белграде, а жена возвращается в свой добрачный дом в Париж. Там рождается ребенок. Его домицилием будет Франция. Согласно закону домицилия отца (по сербскому закону), ребенок не считается рожденным в браке, и он, следовательно, незаконнорожденный, хотя по закону домицилия матери (по французскому закону)[1] ребенок считается рожденным в браке.

Домицилий происхождения может быть заменен либо домицилием по выбору (domicile of choice), либо домицилием в силу действия закона (domicile by operation of law).

2. Домицилий по выбору

102. Домицилий по выбору: способность (право- и дееспособность) и место постоянного пребывания

Для приобретения домицилия по выбору требуются три фактора: способность (право- и дееспособность), место постоянного пребывания и намерение.

1. Дееспособность. Недееспособные лица, как, например, несовершеннолетние, душевнобольные или замужние женщины, не в праве приобретать домицилий по своему собственному выбору. См. ниже §§ 112, 118, 120.

2. Место постоянного пребывания (резиденция) можно определить как обычное физическое пребывание в каком-либо определенном месте[2]. Место постоянного пребывания есть нечто большее, чем физическое присутствие в определенном месте, и нечто меньшее, чем домицилий. Это число фактическое понятие, не связанное с дееспособностью. Несовершеннолетний может иметь место своего постоянного пребывания отдельно от

---

[1] Так как, согласно закону домицилия своего «мужа», она не считается вступившей в брак, она была вправе иметь свой собственный домицилий.

[2] См. *Dicey*, p. 112.

своего отца. Жена может иметь свое собственное место пребывания. Никто не может иметь больше, чем один домицилий, но всякий может иметь неограниченное количество резиденций. Кроме того, для резиденции требуется только «обычное» присутствие, тогда как домицилий предполагает намерение бессрочно пребывать в данном месте. Однако решение вопроса о том, можно ли присутствие определять как обычное или как бессрочное, — в обоих случаях зависит от намерения, поэтому временный перерыв пребывания не уничтожает резиденции.

Следует отметить, что резиденция сама по себе, т. е. не достигающая степени домицилия, в некоторых особых случаях рассматривается английским правом как достаточная коллизионная привязка. Так, например, юрисдикция в отношении несостоятельности и юрисдикция, касающаяся судебного разлучения или восстановления супружеских прав, может основываться на резиденции[1]. Резиденция на вражеской территории ставит такого резидента в положение враждебного иностранца.

103. Намерение

3. Намерение относительно «постоянного» (бессрочного) пребывания[2]. В этом отношении английское право резко отличается от всех континентальных правовых систем. На континенте право- и дееспособность и обычное присутствие (резиденция) являются достаточными основаниями для установления домицилия, и не требуется никакого намерения пребывать постоянно[3]. В международных конвенциях, составляемых на двух языках, французское слово *domicile* в английском тексте переводится «habitual residence» (обычное место пребывания)[4]. Не совсем правильно будет называть намерение, требуемое по английскому закону, *animus manendi* (намерение оставаться); это скорее будет *animus semper manendi* (намерение всегда пребывать). Такое намерение направлено к проживанию в избранной стране в течение неограниченного срока и без ограничения этого пребывания определенной целью. Недостаточно

---

[1] См. выше, §§ 84, 79, 80.

[2] Этот вопрос был разработан в двух руководящих шотландских делах: Bell v. Kennedy (1868), L. R. I. Sc. и Div. App. 307, 318, 319; Udny v. Udny (1869) ibidem, 441, 449.

[3] Французский гражданский кодекс, ст. 102; германский гражданский кодекс, § 7; швейцарский гражданский кодекс, ст. 23 (в интерпретации федерального верховного суда, см. сборник его решений, 41, III, 54; 49, I, 429, E. 2.).

[4] Пример: Версальский договор, ст. 91. ressortissants allemands domiciliés sur les territoires etc. (German nationals habitually resident in territories etc.).

намерения оставаться, пока не составишь себе состояния[1],— требуется желание «жить и умереть» в этой стране, как это было довольно широко сформулировано[2].

104. *Намерение покинуть страну (animus relinquendi)*

Намерение создать постоянное место пребывания предполагает и включает в себя намерение навсегда покинуть свой старый домицилий (*animus relinquendi*). Хотя нередко лицо оставляет свой старый домицилий с *animus relinquendi* без намерения оставаться постоянно в каком-либо другом месте, но обратное невозможно, так как нельзя создать новый домицилий, не уничтожив существующего. Возникает, таким образом, вопрос о том, что требуется для такого прекращения домицилия. Английское право, в отличие от континентального и даже американского права[3], проводит резкое различие между случаями, относящимися к домицилию происхождения, и всеми иными видами домицилия (по выбору или в силу действия закона). Легко отказаться от домицилия этих последних видов, тогда как существует очень строгая презумпция о сохранении домицилия происхождения[4]. Это различие проявляется в двух направлениях.

105. *Домицилий происхождения «в резерве»*

Во-первых: а) Домицилий происхождения продолжает существовать, пока домицилий по выбору не будет фактически установлен; домицилий же по выбору сохраняется лишь до тех пор, пока от него не откажутся[5]. Если отказ имеет место без установления нового домицилия (по выбору), восстанавливается домицилий происхождения. Этот домицилий всегда остается в резерве таким, каким он был, с тем, чтобы к нему можно было прибегнуть в том случае, когда нельзя найти никакого другого существующего домицилия[6].

П р и м е р. Женщина, имеющая шотландский домицилий происхождения, устанавливает домицилий по выбору в Англии и там выходит замуж за англичанина. После смерти мужа она и ее двадцатидвухлетний сын решают навсегда покинуть Англию

---

[1] Jopp v. Wood (1864) 34 L. J. Ch. 212. См. May v. May (1943) 2 A. E. R. 146.

[2] In re Steer (1858) 3 H. and N. 594, 599 (per Pollock, C. B.).

[3] По крайней мере, согласно *Beale*, Restatement. Вопрос, однако, дал повод для некоторых разногласий. См. *Lorenzen*, 37 Yale L. J. 1127; *Coudert*, 36 Yale L. J. 949. *Lorenzen*, Repert. VI, No 56.

[4] Aikman v. Aikman (1860), 3 Macq. 854, 863, 847: Udny v. Udny, loc. cit.; Bell v. Kennedy, loc. cit.; Jopp v. Wood, loc. cit., p. 219.

[5] Dicey, rule 8(2).

[6] *Per Lord Chelmsford* в Udny v. Udny, loc. cit., pp. 454, 455, см. King v. Foxwell (1876) 3 Ch. D., 518, 521.

и обосноваться в Нью-Йорке. Во время их переезда из Ливерпуля в Нью-Йорк они оба умирают: сын, как домицилированный англичанин, тогда как его мать, покидая Англию, утратила свой английский домицилий и восстановила свой шотландский домицилий. Удивительный и неудовлетворительный результат, указывающий на некоторую неудовлетворительность английской нормы.

106. Перемена суверенитета в месте домицилия происхождения

Мы сталкиваемся с трудной проблемой в тех случаях, когда место, где находится домицилий происхождения, в результате передачи территории другому государству или вследствие образования нового государства подпадает под другой суверенитет, а заинтересованное лицо имеет где-либо домицилий по выбору. Предположим, что это лицо имело в Познани домицилий своего происхождения, от которого оно отказалось в 1910 г., создав свой домицилий по выбору в Англии, и что в 1925 г. оно покидает свой английский домицилий, не приобретая нового домицилия по выбору. Считается ли такое лицо при этих условиях домицилированным поляком или домицилированным немцем? Следует считать, что первое решение альтернативы правильно, хотя, обосновываясь в Англии, это лицо оставило германский домицилий: ибо то, от чего оно отказалось, было не просто германским домицилием, а германским домицилием в Познани.

Тот же принцип применяется, если до эмиграции в Англию это лицо окончательно покинуло Познань и на несколько лет обосновалось в Берлине; оставляя в 1925 г. свой английский домицилий, оно может вернуть свой германский домицилий только как домицилий по выбору, то есть установив место своего постоянного пребывания в Германии.

107. Ramsay v. Liverpool Infirmary

Во-вторых: б) Так как домицилий происхождения «по своему характеру более длителен, его власть сильнее и от него не так легко освободиться»[1], суды в тех случаях, когда вопрос касается перемены домицилия происхождения, обычно требуют более сильных доказательств, чем при перемене домицилия по выбору[2]. Поразительный пример такого положения можно найти в шотландском деле Ramsay (or Bowie) v. Liverpool Royal Infirmary[3].

---

[1] Winans v. Att. — Gen. (1904) A. C. 287, 290 (per Lord Macnaghten).

[2] Ross v. Ross (1930) A. C. 1. Fowler v. Fowler (1930; о том же Bentwich в Rabel's Z. 5 (1931) 58) Att.—Gen. v. Dame Jule (1931), 145 L. T. 9. Ramsay v. Liverpool Royal Infirmary (1930) A. C. 588 Wahl v. Att.—Gen. (1932) 147, L. T. 382.

[3] (1930) A. C. 588.

Завещатель оставил завещание, действительное по шотландскому, но не действительное по английскому закону. Его домицилием по происхождению была Шотландия, но в течение последних тридцати пяти лет своей жизни он жил в Ливерпуле, где он находился со своей матерью, братом и сестрами. Он не был ничем реально связан с Ливерпулем, кроме присутствия там указанных членов его семьи; он там оставался, однако, даже после их смерти. Он никогда не возвращался в Шотландию, но «он бы последовал за своей семьей, если бы она возвратилась в Шотландию»[1]. В своем завещании он назначил некоего писателя из Глазго доверительным собственником и распорядился, чтобы его посмертные дары в пользу трех глазговских больниц и одной ливерпульской были переданы анонимно, как от «жителя Глазго»—«от глазговца». Он говорил окружающим, что он гордится тем, что он «глазговец», и подписывался на глазговскую еженедельную газету. Шотландские суды и палата лордов признали, что он сохранил свой шотландский домицилий, так как о намерении отказаться от него «нельзя заключить из безразличного или отрицательного отношения к перемене места»[2], и что он не имел намерения достигнуть «полного разрыва уз, связывавших его с домицилием происхождения»[3]. Чешайр справедливо называет это решение «несколько удивительным», добавляя при этом[4], что после него стало «трудно представить себе случай, когда можно было бы освободиться от домицилия по происхождению... если только *de cuius* не порвал всех уз, связывающих его со страной его происхождения». Возможно, однако, что это решение было продиктовано желанием суда выполнить волю покойного.

Мотивом для проведения различия между домицилием происхождения и другими видами домицилиев служит обманчивая идея о том, что человек принадлежит стране своего происхождения значительно больше, чем стране, которую он избрал, и что трудно допустить, что он решился лишить себя «своего прирожденного права в месте своего первоначального домицилия»[5].

---

[1] Loc. cit., p. 593.

[2] Winans v. Att.— Gen. (1904) A. C. 287, 291.

[3] Ross v. Ross (1930) A. C. I, 24.

[4] Cheshire, pp. 175, 174.

[5] Moorhouse, v. Lord (1863) 10 H. L. Cas. 272. Marchioness of Huntly v. Gaskell (1906) A. C. 56, p. 66. Нет, однако, необходимости в том, чтобы человек имел намерение лишить себя своего гражданства, как это было предложено по делу Moorhouse v. Lord, loc. cit., хотя и верно, что легче предположить перемену домицилия из одной страны в другую, находящуюся под тем же суверенитетом (из Шотландии в Англию), чем из одного государства в другое (из Англии во Францию). Whicker v. Hume (1858) 7 H. L. Cas 124 p. 159; Walh v. Att.—Gen. (1932) 147 L. T. 382.

108. Намерение и знание

Намерение какого-либо лица сделать ту или иную страну своей постоянной резиденцией (местом своего постоянного пребывания) не требует того, чтобы это лицо знало, что оно тем самым меняет свой домицилий. Намерение направлено только к фактическому изменению своей жизни, а не к изменению юридического положения. Наоборот, прямо выраженное заявление лица о его намерении отказаться от своего домицилия происхождения и приобрести домицилий по выбору—не является решающим. Такое заявление представляет собой не больше как *indicium* (доказательство) его намерения и, по выражению Лашингтона, «самый слабый вид доказательства»[1], с другой стороны, оно не должно «отбрасываться, но должным образом взвешиваться наряду с другими доказательствами»[2].

109. Намерение в данное время

Указывалось на то, что намерение лица избрать определенную страну своей постоянной резиденцией должно быть «намерением в данное время»[3]. Под этим подразумевается его желание немедленно сделать страну своей постоянной резиденцией. Факт физического присутствия в стране и намерение там оставаться в течение неопределенного срока не должны обязательно иметь место одновременно; может случиться, что намерение предшествует прибытию в страну или, наоборот, оно выявляется впоследствии. Если намерение предшествует прибытию в страну, домицилий не считается установленным, пока заинтересованное лицо фактически не прибудет туда. Лицо, покинувшее английский домицилий с намерением обосноваться в Онтарио, во время своего нахождения в пути еще не создало домицилия в Онтарио[4], оно его создает по прибытии в Онтарио, при условии, что оно имеет намерение оставаться там постоянно. С другой стороны, если это решение обосновать там свой дом возникает после прибытия в страну, лицо считается домицилированным лишь после принятия такого решения; такое намерение само по себе превращает его из посетителя в домицилированного резидента[5].

---

[1] Hodgson v. De Beauchesne (1858) 12 Moore P. C. 285, 325. Cf. Re Steer (1858) 3 H. and N. 594, 599.

[2] Sir Cr. Creswell в Grookenden v. Fuller (1859) I Sw. and Tr. 441, 450. Bryce v. Bryce (1933) P. 83, 86. Gulbenkian v. Gulbenkian (1937). 4 A. E. R. 618, 627.

[3] См. *Cheshire*, pp. 172, 173.

[4] Другая точка зрения, по которой новый домицилий может быть приобретен in i inere (во время нахождения в пути) (Munroe v. Douglas 1820, 5 Madd., 379, 405), кажется, уже оставлена; по делу Goods of Raffenel (1863) 32 L. J. P. M. and A. 203, *Dicey*, p. 90.

[5] May v. May (1943), 2 A. E. R., 146. Это положение тождественно с приобретением права владения *corpore et animo*, когда *corpus* мо-

После того как домицилий по выбору установлен и пока домицилированное лицо фактически не покинет страну, уже не имеет значения, сохраняет ли оно свое желание там проживать или же по каким-либо соображениям решает снова оставить страну. События, имеющие место после установления домицилия, могут иметь значение как доказательство первоначального намерения лица, т. е. они могут доказывать, что у лица никогда не было устойчивого намерения создать в данной стране постоянную резиденцию. В иных отношениях эти события не существенны. Если, например, возникает сомнение относительно того, где был домицилирован муж в то время, когда начался процесс о разводе, то нет необходимости в установлении намерения мужа в момент предъявления иска[1]; достаточно доказать его намерение в тот период, когда он переменил свою резиденцию, или в л ю б о й последующий период; более позднее изменение намерения не уничтожает домицилия, если оно не сопровождается фактической переменой резиденции.

110. Отсутствие свободы выбора

Часто указывалось на то, что не может быть выбора постоянной резиденции в тех случаях, когда нет свободы выбора: слово «выбор» указывает на добровольность этого акта[2]. Полного исключения выбора, однако, не существует, если не считать случаев физического принуждения, например при высылке пленного в зарубежную страну[3]. За этим исключением для заинтересованного лица всегда открыта некоторая альтернатива[4]. Уклоняющийся от правосудия[5] мог бы остаться в месте совершения преступления, чтобы понести наказание за это преступление. Должник из Нью-Йорка, скрывающийся в Канаде, бесчестное бегство предпочел подчинению закону. Инвалид, которому его врач говорит, что нет никакой надежды на выздоровление, но что он мог бы прожить на несколько месяцев дольше в другом климате[6], может предпочесть дальнейшее пребывание в Англии поездке в Египет, хотя в Англии он умрет раньше. Во всех случаях такого рода единственный спорный вопрос заключается

жет следовать за *animus* или предшествовать ей и, таким образом, в результате простого изменения желания detentor (держатель) может стать possessor'ом (владельцем).

[1] Против этого *Dr. Cheshire*, loc. cit., p. 173.

[2] Sir G. Jessel in King v. Foxwell (1876) 3 Ch. D. 518, 520.

[3] Burton v. Fisher (1828) Milward's Rep. 183, 191.

[4] Cp. Urquhart v. Butterfield (1887) 37 Ch. D. 357, 385 (per Lopes. L. J.).

[5] Cp. in re Martin, Loustalan v. Loustalan (1900) P. (C. A.) 211, 233.

[6] Cp. Hoskins v. Matthews (1856), 25 L. J. Ch. 689; Moorhouse v. Lord (1863) 10. H. L. Cas. 272, 292. Johnstone v. Beattie (1843) 10 Cl. and Fin. 42, 139.

в том, захочет ли то или иное лицо вернуться в свою прежнюю резиденцию, если бы отпал мотив, по которому оно уехало за границу, т. е. если бы его преступление перестало быть наказуемым, если бы лицо составило состояние и расплатилось со своими кредиторами, если бы оно выздоровело *adversus medicum* (вопреки предсказанию врача) и т. д.

Приобретение домицилия лицом, бежавшим от нацистского угнетения и пребывающим в Англии, определяется такими же соображениями[1]. Если это лицо не намерено никогда вернуться в Германию (независимо от того, какое там будет правительство[2]), а также не думает обосноваться в какой-либо третьей стране, оно, несомненно, установило английский домицилий. Если такое лицо надеется (т. е. желает и верит), что оно будет в состоянии вернуться в изменившуюся Германию оно, понятно, сохраняет свой германский домицилий. Если, наконец, это лицо опасается, что оно не сможет вернуться, его намерение направлено к тому, чтобы постоянно жить в Англии, хотя оно предпочло бы жить в Германии: желание и твердое намерение указывают различные пути.

Лица, которые в качестве государственных служащих своего или иностранного правительства проживают за границей для выполнения обязанностей консулов, колониальных судей, как правило, не могут рассматриваться как переменившие свой домицилий, если только не будет доказательств, свидетельствующих об их намерении остаться за границей после того, как они оставят службу[3].

3. Домицилий в силу закона[4]

111. Domicilium necessarium

Все правовые системы предусматривают, что в отношении лиц зависимых или в отношении определенных категорий таких

---

[1] De Bonneval v. De Bonneval (1838) 1 Curt. 856 Cf. 42 Columbia L. R. 640.

[2] May v. May (1943), 2 A. E. R. 146. Многие, несомненно, разделяют чувство, выраженное профессором Gilchrist по поводу его «матери-родины», в которой, как он писал в 1825 г., он перенес такой «удар, что даже смерть не может изгладить его из памяти, куда бы память ни направила свой полет; удар, который вынуждает не признавать свою страну и отрекаться от нее, как от деспотической мачехи, к которой не питаешь ничего, кроме глубочайшего отвращения» (Whicker v. Hume (1858) 7, H. L. Cas. 126).

[3] Att.—Gen. v. Pottinger (1861) 30 L. J. Ex. 284, Att.—Gen. v. Rowe (1862) 1 H. C. 31, Re Macreight (1885) 30 Ch. D. 165. Sharpe v. Crispin (1869) L. R. 1, P. and D. 611 Urquhart v. Butterfield (1887) 37 Ch. D. 357 at p. 382.

[4] Этот термин употребляется в Соединенных Штатах: Restatement § 26 и след. Очевидно, домицилий происхождения является примером «домицилия в силу закона».

лиц домицилий устанавливается в силу закона (а не путем добровольного акта домицилированного лица). К этим категориям всюду относятся несовершеннолетние и замужние женщины, в большинстве стран также и душевнобольные и лица, находящиеся под опекой. Некоторые правовые системы признают *domicilium necessarium* (домицилий в силу закона) также и для домашних слуг[1] (пережиток того времени, когда слуги принадлежали «семье» хозяина дома и находились под его домашним контролем-*mundium*), для солдат, гражданских служащих или определенных групп чиновников [2] и для заключенных[3]. Английское и американское право отвергают такое распространительное применение концепции домицилия в силу закона; эту же разумную тенденцию можно найти и в некоторых современных правовых системах, как, например, в швейцарском гражданском кодексе, итальянском кодексе и конвенции Монтевидео.

112. Несовершеннолетние. Принцип: домицилий отца

Английское право устанавливает домицилий по закону в следующих случаях:

1. Для несовершеннолетних. Мы уже занимались (выше, § 101) вопросом об их домицилии по происхождению, который возникает в момент их рождения. Возникает вопрос о том, как можно переменить такой домицилий в период несовершеннолетия. Такая перемена в силу самостоятельного добровольного акта несовершеннолетнего имеет место только в одном случае, а именно, когда несовершеннолетняя выходит замуж и таким образом приобретает домицилий своего мужа.[4] Кроме

---

[1] Французский гражданский кодекс, ст. 109. Почти все современные законы аннулировали соответствующие постановления.

[2] Французский закон (ст. 107): все должностные лица, назначаемые пожизненно; германский закон (гражданский кодекс, § 9): профессиональные служащие вооруженных сил, но не гражданские служащие; швейцарский закон: только некоторые федеральные должностные лица, а именно, федеральные судьи, федеральный канцлер, члены федерального совета.

[3] Бразильский гражданский кодекс 1916 г., ст. 40: заключенные и лица, приговоренные к ссылке.

[4] Возник вопрос о том, способен ли несовершеннолетний, «молчаливо эмансипированный» (tacitly emancipated) по римско-голландскому праву, менять свой домицилий по своему собственному выбору, и утрачивает ли его отец правоспособность изменять домицилий сына (Ochberg v. Ochberg's Estate (1941), South Africa, L. R., Cape. Prov., D. 15, 36, 37). Ответ зависит от характера молчаливой эмансипации. Если эмансипация имеет своим последствием создание для несовершеннолетнего положения совершеннолетнего,—ответ будет положительный. Но если последствия эмансипации заключаются только в том, что несовершеннолетний уполномочивается вести дела за границей лично и от своего собственного имени и поэтому может заключать договоры, связанные с делами,—то

этого случая, домицилий несовершеннолетнего по происхождению изменяется:

А) В случае, когда отец рожденного в браке ребенка меняет свой домицилий. В течение всего периода несовершеннолетия ребенок в принудительном порядке разделяет все перемены, происходящие в домицилии отца. При этом не имеет значения, следует ли ребенок за отцом в его новый домицилий или остается с матерью. Ребенок принимает домицилий отца даже и в том случае, когда суд объявляет отца неподходящим для осуществления попечения о ребенке. В этом отношении американский закон значительно опередил английские постановления. Если родители несовершеннолетнего разведены или разлучены в Америке, ребенок сохраняет домицилий того из родителей, попечению которого он был доверен или с которым он живет вместе[1].

Как по английскому, так и по американскому закону отец не может изменить домицилия своего ребенка, не меняя своего собственного домицилия. Если он, например, определяет своего сына на работу за границей, где тот фактически живет,—это не влияет на домицилий сына[2]. Мотивы, оправдывающие такую недееспособность, можно найти в том обстоятельстве, что отец, хотя он и может установить отдельную резиденцию для своего сына, но не может от имени лица, которое при достижении совершеннолетия станет независимым, выражать намерение постоянно пребывать в какой-либо определенной стране.

113. *Домицилий матери*

Б) После смерти отца законнорожденный ребенок сохраняет последний отцовский домицилий, пока мать не приобретет нового; тогда он разделяет домицилий матери, так же, как это делает внебрачный ребенок с самого своего рождения. В обоих случаях, однако, домицилий ребенка может быть изменен только в том случае и до тех пор, покуда ребенок живет вместе со своей матерью[3]. В отличие от правила, действующего в отношении законнорожденного ребенка в течение всей жизни его отца, правило, по которому ребенок следует домицилию своей матери, не является здесь обязательным.

это едва ли означает перемену домицилия (в цитированном южноафриканском деле вопрос не получил разрешения).

[1] Restatement, § 32, *Beale*, 1,215. Так же и по швейцарскому закону: гражданский кодекс § 25; решающим является домицилий родителя, осуществляющего «родительскую власть».

[2] *Beale*, 1. 211, note 6. Против: германское право (гражданский кодекс § 8) и, хотя и не совсем определенно, швейцарское право. См. *Brodtbeck and Daeppen*, Bundesgerihtsproxis zum Ziv. G. B. (1934) art. 25, note 1, 2.

[3] In re Beaumont (1893) 3 Ch. 496. Potinger v. Wightman (1817) 3 Merivale's Ch. R. 67.

В этом случае изменение в домицилии ребенка,—как утверждает судья Стёрлинг[1],—«не рассматривается как необходимое последствие перемены домицилия матери, а только как результат осуществления в интересах детей возложенной на нее власти; она может отказаться от осуществления этой власти во имя тех же интересов».

Такое различие между отцовским и материнским домицилием кажется особенно удивительным потому, что оно якобы наделяет мать такой «властью», в которой отцу отказано, хотя в обоих случаях интересы несовершеннолетних одни и те же. Американский закон упразднил это ничем не оправдываемое различие[2], которого нельзя найти ни в одной правовой системе европейского континента.

114. Последствия вступления матери в брак

В связи с вопросом о том, как воздействует вступление матери в брак на домицилий ребенка, необходимо рассмотреть два случая:

1) Если после смерти отца мать снова вступает в брак, домицилий ребенка не изменяется автоматически. Однако, если мать фактически меняет свою резиденцию, переезжая на жительство в домицилий своего второго мужа, и берет с собой своих детей, то они приобретают домицилий своего отчима[3].

2) То же правило применяется и при вступлении в брак матери незаконнорожденного ребенка. Ребенок в этом случае приобретает отцовский домицилий только в том случае, если мать выходит замуж за его отца и если по закону, регулирующему вопросы узаконения, ребенок, в результате последующего брака, считается законнорожденным. Большинство континентальных правовых систем не признает за узаконением обратной силы[4]. Однако в тех случаях, когда обратная сила признается за ним,—как, например, в Венгрии[5] или, ранее, в каноническом праве[6] и, повидимому, ныне по английскому закону[7],—ребенок в результате своего узаконения приобретает отцовский домицилий как бы с самого своего рождения. Этот домицилий тогда становится его домицилием по происхождению.

---

[1] In re Beaumont, loc. cit., p. 496.
[2] Restatement, § 38 c.
[3] In re Beaumont loc. cit.
[4] Противоположное утверждение в *Beale*, 11, 707, очевидно, основано на каком-то недоразумении. Сравни дальше, § 373, прим., § 374, прим.
[5] *Almási*, *Ungar*. Privatrecht, 1, 214, note 8.
[6] *Esmein*, Le mariage e droit canonique (2 изд.), II, 43.
[7] См. Scott, L. J. в Re Luck (1940) Ch. 864, 898.

115. *Домицилий опекуна*

В) Если ребенок остается с матерью, не являющейся его опекуном,—ребенок сохраняет домицилий матери, а не опекуна. Однако, если ребенок не проживает в том же месте, что и мать, и поэтому не разделяет ее домицилия—определение его домицилия становится затруднительным. Известно, что ребенок никогда не приобретает домицилия своего опекуна и, повидимому, сохраняет свой последний домицилий, который может быть домицилием по происхождению.

Сомнительно, может ли опекун изменить домицилий своего опекаемого[1]; если даже отец не способен это сделать, не меняя своего собственного домицилия,то вряд ли опекун может быть наделен такой властью. Континентальные правовые системы разрешают законным представителям несовершеннолетнего—будь то отец или опекун—изменять домицилий несовершеннолетнего[2].

116. *Домицилий усыновителя*

Г) Английское право не содержит никаких постановлений, касающихся домицилия усыновленного несовершеннолетнего. Закон об усыновлении детей (The Adoption of Children Act)[3] говорит только о «правах, обязанностях, обязательствах и ответственности» родителей или опекунов «в отношении будущего попечения, содержания и воспитания усыновленного ребенка» и устанавливает, что эти права и обязанности «прекращаются» и «усыновитель ими наделяется, их осуществляет и принуждается к их исполнению в таком же порядке, как если бы усыновленный ребенок был ребенком, рожденным усыновителем в законном браке». В законе не содержится ни прямого, ни подразумеваемого упоминания о домицилии ребенка. Но едва ли можно сомневаться в том, что в этом отношении усыновитель также заменяет родителей. Поэтому усыновленный ребенок приобретает домицилий своего усыновителя в силу закона. В континентальных правовых системах и в Соединенных Штатах действует то же правило[4]. Если усыновитель умирает,

---

[1] Douglas v. Douglas (1871) L. R. 12 Eq. 617, 625.

[2] См., например, германский гражданский кодекс, §§ 8, 11. Согласно американскому Restatement (§ 37), опекун не может перенести домицилий опекаемого за пределы того государства, в котором он был назначен опекуном.

[3] 16 and 17 Geo. V, c. 29, s. 5. Этот закон применяется только в тех случаях, когда усыновитель проживает в Англии или Уэльсе и имеет там свой домицилий и если ребенок—британский подданный и проживает в Англии или Уэльсе; s. 2, subs. (5); см. дальше, § 378.

[4] Restatement, § 36. Германский гражданский кодекс, § 11. В швейцарском праве то же правило может быть выведено из граждан-

домицилием ребенка становится домицилий жены усыновителя, но только в том случае, если ходатайство об усыновлении было заявлено совместно обоими супругами, а не одним только мужем, хотя бы и с согласия жены[1]. Поскольку «усыновление подражает природе»[2], было бы правильно в отношении приобретения усыновляемым домицилия женщины-усыновительницы по аналогии применять все те правила—как они ни недостаточны,—которые действуют при приобретении ребенком домицилия своей родной матери.

117. *Новый домицилий, приобретенный в период несовершеннолетия*

В тех случаях, когда домицилий несовершеннолетнего меняется,—например, вследствие изменения отцовского домицилия или при усыновлении,—должен ли новый домицилий рассматриваться как «домицилий по происхождению»? Этот вопрос имеет существенное значение, когда кто-либо приобретает домицилий по выбору и спустя некоторое время отказывается от него, не устанавливая нового домицилия по выбору,—тогда возрождается его домицилий по происхождению. Ответ на этот вопрос не совсем определенный[3]. В принципе он должен быть отрицательным: новый домицилий ребенка не должен рассматриваться как его домицилий по происхождению, за исключением тех случаев, когда перемена домицилия имеет обратное действие.

Пример. Разведенный муж матери ребенка успешно оспаривает законность рождения ребенка и, таким образом, создает для него гражданское состояние незаконнорожденного с самого рождения[4].

ского кодекса, ст. 268, во французском—из ст. 352 гражданского кодекса (хотя ни одно постановление не говорит о домицилии). См. *Egger*, Commentary to the Swiss Code (2-ое изд., 1930) I, p. 211 (*Josserand*, Cours de droit civil, I, No 232, ad. 1., Italian Codice civ. (1938), art., 42, 299.

[1] Adoption of Children Act, 1926 (16 and 17 Geo. V, c. 29), s. I (3), s. 2 (4).

[2] Justinian's Instit., I, II, 4.

[3] См. Firebrace v. Firebrace (1878), 4, P. D. 63; и Urquhart v. Butterfield (1887). 37 Ch. D. 357, pp. 384, 385 (per Lopez, L. J.). См. *J. G. Foster*, Brit. Y. B. 1935, 87.

[4] Согласно большинству современных законов, ребенок, зачатый в законном браке, но рожденный после развода, *prima facie*, считается законнорожденным ребенком разведенного мужа матери и поэтому приобретает его домицилий. Когда муж возбуждает дело об оспаривании законности рождения ребенка и успешно доказывает, что он не может быть отцом, ребенок становится незаконнорожденным *ex tunc* и считается что он при рождении приобрел домицилий своей матери, который после развода может не совпадать с домицилием мужа; см., например, швейцарский гражданский кодекс, ст. ст. 252—254. Другой пример—изменение домицилия с обратным действием—упоминался выше, § 114, прим.

118. Замужняя женщина

2. Когда действительный брак заключен, жена немедленно утрачивает свой домицилий и приобретает домицилий своего мужа, и, если он впоследствии меняет свой домицилий, она разделяет с ним и новый домицилий. Английское право не допускает никакого исключения из этого правила. Даже если муж оставляет жену и устанавливает домицилий в иностранном государстве или если супруги разлучены в судебном порядке, жена приобретает его домицилий в странах, куда она не отправляется и не обязана отправляться[1]. Только после того, как брак прекращен вследствие смерти или в силу судебного приказа о разводе (признаваемого в Англии)[2],—она может установить свой собственный домицилий.

Когда заключен недействительный или оспоримый брак, «жена» приобретает домицилий своего мужа так же, как это было бы при действительном браке[3]; но решение о недействительности брака уничтожает такое приобретение домицилия с самого начала либо ex nunc (это зависит от закона, регулирующего последствия недействительного или оспоримого брака), если только «жена» не установила домицилия по выбору, разделяя с мужем его резиденцию в период недействительного брака.

119. Исключения

Строгость нормы, в силу которой жена приобретает домицилий своего мужа, является пережитком старой доктрины о положении замужней женщины, исходившей из фикции, что муж и жена представляют собой одно лицо[4]. Континентальные правовые системы справедливо допускают некоторые исключения в отношении *domicilium necessarium* жены. По французскому праву жена, получившая судебное разлучение, «перестает иметь, в качестве своего законного домицилия, домицилий своего мужа»[5]. Германский закон предоставляет жене право

---

[1] Warrender v. Warrender (1835), 2, Cl. и Fin. 488, 523, 561. Dolphin v. Robins (1859) 7 H. L. Cas 390, 420, 423. Yelverton v. Yelverton (1859) I Sw. и Tr. 574, 584. In re Mackenzie (1911) 1 Ch. 578, 591. Lord Advocate v. Jaffrey (1921) A. C. 146, 152, 168 (в 20 Michig. L. R. 86). Att.-Gen. for Alberta v. Cook (1926) A. C. 444, 453.

[2] См. *Lewald*, p. 72, note 1.

[3] См. выше, § 74.

[4] Возможно, что некоторое влияние оказала боязнь подчинить английских мужей действию менее строгих законов о разводе в других странах (40 Harvard L. R. 135).

[5] Гражданский кодекс, ст. 108 (3) (дополненная постановлением от 1893 г., которое, однако, установило только то, что уже было признано судами).

основывать свой отдельный домицилий, «если муж основывает домицилий в иностранном государстве, в месте, куда жена за ним не следует и не обязана следовать»[1]. Итальянский закон разрешает ей отдельный домицилий, если супруги получили судебное разлучение или если муж находится под опекой или переводит свой домицилий в иностранное государство[2]. Лучшим следует, повидимому, считать решение вопроса[3], которое содержится в швейцарском гражданском кодексе: «жена, имеющая право жить раздельно, может иметь свой собственный домицилий» даже в том случае, если она не обратилась за получением судебного разлучения[4]. В Соединенных Штатах Америки суды также смягчили английское правило; они признают раздельный домицилий жены, во-первых, когда она живет отдельно от своего мужа и не обвиняется в оставлении семьи, и, во-вторых, в силу судебного разлучения; в немногих решениях отдельный домицилий был разрешен даже в случае, когда жена оставила своего мужа без уважительной причины[5].

120. Душевнобольные

3. Не существует никаких английских норм в отношении домицилия душевнобольных. Если какое-либо лицо, достигшее совершеннолетия, становится умственно неполноценным и не в состоянии избрать для себя домицилий, оно сохраняет домицилий, который оно имело до того, как стало душевнобольным, и этот домицилий, повидимому, не может быть изменен, например, опекуном этого лица[6].

То же правило действует и в Соединенных Штатах[7], по крайней мере постольку, поскольку опекун не может перевести домицилий душевнобольного в место, находящееся вне пределов того государства, в котором он был назначен опекуном. Континентальные правовые системы устанавливают иное правило. По французскому закону опекаемый разделяет домицилий опекуна[8]; по швейцарскому праву домицилий опекаемого находится там, где «компетентная власть» (опекун) имеет

---

[1] Германский гражданский кодекс, § 10. Жена не обязана следовать за мужем, если пребывание мужа «представляет собой злоупотребление его правом» или если она «в праве требовать развода» (§ 1353).

[2] Итальянский гражданский кодекс (1938), § 42.

[3] Если только не решают полностью отвергнуть *domicilium necessarium* замужней женщины (что было бы самым разумным решением)

[4] Швейцарский гражданский кодекс, ст. 25, § 2.

[5] Restatement, §§ 28, 29. *Beale*, I, p. 208.

[6] Urquhart v. Butterfield (1887), 37, Ch. D. 357, 382. Sharpe v. Crispin (1869) L. R. 1 P. и D. 611. *Cheshire*, p. 193.

[7] Restatement, § 40.

[8] Французский гражданский кодекс, ст. 108, § 2.

свое местопребывание[1]. Германский закон[2] признает, что опекун, повидимому, обладает властью изменить не только резиденцию, но и домицилий своего опекаемого, причем независимо от одновременной перемены домицилия самим опекуном; этот домицилий не всегда разделяется опекаемым.

Если ребенок родился душевнобольным или становится душевнобольным в детстве, он, как и всякий другой несовершеннолетний, разделяет все перемены домицилия своего отца, и, повидимому, перемена домицилия, произведенная отцом даже после достижения душевнобольным совершеннолетия, изменяет также и домицилий душевнобольного[3].

121. Недостатки английских правил

4. Английская доктрина домицилия встретила жестокую критику. Самый принцип, однако, по которому персональный закон определяется домицилием, а не гражданством, кажется удовлетворительным, хотя это также остается под сомнением[4]. Английская доктрина имеет следующие основные недостатки:

1) Метод, по которому определяется понятие «домицилия по происхождению» в той части, в какой он отсылает не только к отцовскому домицилию, но иногда и к домицилию деда и даже более отдаленных предков. Родительский дом, а не дом предков является местом, где находится нормальная оседлость ребенка.

---

[1] Швейцарский гражданский кодекс, ст. 25, § 1.

[2] Германский гражданский кодекс, § 8.

[3] Sharpe v. Crispin, loc. cit., p. 618.

[4] *J. G. Foster*, Brit. Y. B., 1935, p. 85, в первую очередь рекомендует принять континентальную доктрину гражданства; альтернативно он предлагает некоторые уступки этой доктрине, а именно, применение закона домицилия только в отношении британских подданных и лиц, домицилированных в британских доминионах; все прочие лица подчиняются закону своего гражданства, но если коллизионная норма государства, гражданами которого они являются, отсылает к закону домицилия, такую отсылку следует принять. Таким образом, француз, домицилированный в Дании (и датский подданный, домицилированный во Франции) будет подчиняться французскому закону. Поскольку Фостер придерживается того мнения, что англичанин, домицилированный в Дании, должен подчиняться датскому закону, а француз, домицилированный в Англии,—английскому закону, то трудно понять, почему будет правильно статус француза, домицилированного в Дании, определять по французскому, а не по датскому закону. Кроме того, необходимо подчеркнуть, что число противников принципа гражданства на самом континенте постоянно возрастает и, особенно, во Франции (см. выше, стр. 102, прим. 2). Мы полагаем, что было бы достаточно «смягчить некоторые строгие нормы» домицилия, применяемые в настоящее время английскими судами, как это предлагает Моррис в своей книге «Cases on Private International Law» (1939) p. 22.

2) Трудности, возникающие при желании освободиться от домицилия по происхождению: английская доктрина вынуждает порвать все узы, связывающие с таким домицилием.

3) Норма, по которой домицилий происхождения восстанавливается, когда оставляется домицилий по выбору и в то же время не создается нового домицилия по выбору. Значительным улучшением является американская норма, по которой любой, однажды установленный домицилий сохраняется до тех пор, пока не заменяется новым домицилием[1]. Даже решение, которое дано конвенцией в Монтевидео и кодексом Бустаманте, кажется более предпочтительным, чем английская норма: там фактическая резиденция лица, оставившего свой домицилий, или даже место его временного пребывания рассматриваются как его домицилий, пока не будет создан новый домицилий[2].

4) Принцип, по которому для установления домицилия по выбору требуется намерение «постоянного» пребывания и, следовательно, обычного пребывания недостаточно, хотя обычное пребывание признается достаточным всеми континентальными системами[3].

5) Строгость двух норм, согласно которым:

а) жена разделяет домицилий своего мужа, даже если она имеет право на раздельное жительство, и

б) дети сохраняют домицилий своего отца даже и в том случае, если он лишен права опеки над ними. В этом отношении американское право улучшило английское.

---

[1] Restatement, § 23.

[2] Конвенция Монтевидео по межд. частн. праву (см. выше, стр. 63), ст. 9; Código Bustamante, art. 26. Предложение Фостера о некоторых уступках принципу гражданства (выше, стр. 142) может быть реализовано, если установить, что гражданское состояние (статус) лица, отказавшегося от своего домицилия и не основавшего нового, определяется законом его гражданства. Узы, связывающие его с государством, к которому оно принадлежит по происхождению, конечно, не столь крепки, как узы, связывающие его с его домом, его семьей и страной, в которой он живет. Но эти узы крепче тех, которые связывают его со страной, в которой жил его отец и которую он покинул с намерением никогда больше туда не возвращаться.

[3] Существует, однако, одна категория случаев, в которых установление такого намерения оказалось в высшей степени целесообразным: это случаи, когда лицо европейской цивилизации поселяется в стране с совершенно отличным укладом жизни (если только в этой стране гражданское состояние лиц не определяется различными законами в связи с тем, что они являются уроженцами Европы или лицами европейского происхождения). Английская норма спасает таких поселенцев от подчинения—в отношении своего гражданского состояния, браков, завещаний и т. д.—юридическим нормам, не совместимым с европейским образом мысли[1]. См. In re Tootal's Trusts(1883) 23 Ch. D. 532, 534. Maltass v. Maltass (1844) 1 Rob. Eccl. C. 67, 80, 81. Casdagli v. Casdagli (1919) A. C. 145.

6) Несомненная неполнота и неопределенность в отношении домицилия душевнобольных и несовершеннолетних, находящихся под опекой.

ГРАЖДАНСТВО КАК КОЛЛИЗИОННАЯ ПРИВЯЗКА

122. Вопросы, решаемые на основе гражданства лица

I. Хотя по английскому праву гражданское состояние лица первоначально определяется его домицилием, но возможны положения, при которых на статус лица в известной степени воздействует его гражданство.

Эти положения следующие:

1. Браки британских подданных, заключенные за границей, считаются формально действительными:

а) если они заключены в иностранном государстве, но перед британским послом, консулом или иным должностным лицом, правомочным оформлять браки, или на борту британского судна перед капитаном. Достаточно, если одна из сторон состоит в британском подданстве;

б) если брак заключен в порядке, требуемом английским законом, в месте, где не предусмотрен какой-либо местный порядок или где местный порядок совершенно чужд обыкновениям европейских стран или связан с какой-либо особой религией или вероисповеданием и поэтому неприемлем для брачущихся. В этом случае также достаточно, если одна из сторон является британским подданным. См. ниже, §§ 326, 327.

2. Браки, заключенные между иностранцами, действительны:

а) если они заключены в посольстве их государства в Англии, при условии, что обе стороны являются гражданами одного и того же государства[1];

б) сомнительно, могут ли иностранцы вступать в брак по форме, предписываемой законом их гражданства, если они домицилированы в стране, где они не могут воспользоваться местной формой или же где такой формы не существует. Полагают, что ответ будет положительным, при условии, что их национальный закон (или законы) признают такие браки[2].

---

[1] P rtreis v. Tondear (1790) I Hagg, Consist. 136, 138, 139.

[2] *Dicey*, p. 744, цитирует Фрейзера «Husband and Wife», 1313, 1314. В азиатских странах существуют, кроме того, привилегии, установленные для европейцев, проживающих в пределах фабричного или торгового сеттльмента; британские подданные могут на территории британской фабрики заключать браки по британской форме, а если они англичане—по английской форме; французские подданные на французской фабрике—по французской форме, и т. д.[1]

3. Закон об усыновлении детей 1926[1] (The Adoption of Children Act) применяется только в том случае, когда ребенок— британский подданный. См. ниже, § 378.

4. Закон о завещаниях 1861 г. (The Wills Act) (известный как закон лорда Кингсдауна)[2] предписывает, что завещание, составленное британским подданным, будет формально действительным, если оно совершено в соответствии с законом страны, в которой оно составлено (или в какой-либо иной определенной форме). Это правило не применяется к лицам иностранного гражданства, домицилированным в Соединенном королевстве. См. дальше, § 561.

5. Английские суды часто высказывали мнение, хотя только *obiter* (попутное), что иностранные решения *in personam* должны признаваться, если в момент вынесения решения ответчик был подданным страны суда, вынесшего решение[3].

Эта норма вызывает, однако, серьезные сомнения[4], и не только потому, что гражданство по английскому международному частному праву не является нормальной коллизионной привязкой. Даже те континентальные страны, которые определяют гражданское состояние лица по закону его гражданства, а не домицилия,—как например, Франция или Германия,— не имеют норм такого характера. Английское право не предусматривает, что британское гражданство ответчика само по себе является достаточным основанием для того, чтобы подчинить его юрисдикции британского суда. Показалось бы поэтому удивительным, если бы было признано, что гражданство считается достаточным основанием для того, чтобы наделить юрисдикцией и и н о с т р а н н ы й суд. Приводились доводы в пользу доктрины, в соответствии с которой «подданный обязан повиноваться приказам своего суверена и, следовательно, решениям судов своего суверена»[5]. Даже если бы это было вполне правильно в отношении подданных, проживающих за границей, из этого не

---

[1] 16 and 17, Geo. V, c. 29, s. 2 (5).

[2] 24 and 25 Vict., c. 114, s. 1,2.

[3] Douglas v. Forrest (1828), 4, Bingh. 686, 702, 703 (здесь вопрос ограничивается случаем подданных—уроженцев какой-либо страны). Schibsby v. Westenholz (1870) L. R. 6. Q. B. 155, 161. Notably: Rousillon v. Rousillon (1880), 14, Ch. D., 351, 371. Emanuel v. Symon (1908). I, K. B. (C. A.) 302, 309. Phillips v. Batho (1913) 3, K. B. (C. A.), 25,29. Harris v. Taylor (1915). 2 K. B. (C. A.) 580, 591. Ср. также American Restatement, § 77 (1) (c).

[4] См. *Atkin J.* в Gavin Gibsonand Co v. Gibson (1913). 3 K. B. 378, 388, и *Dr. Cheshire*, 602, 603.

[5] *Dicey*, pp. 405, 406.

следует, что другой суверен обязан следить за тем, чтобы этим приказам повиновались.

123. Какой закон решает вопрос о гражданстве?

II. Во всех случаях когда подлежащий применению закон зависит от гражданства, возникает ряд проблем, требующих разрешения.

1. Вопрос о том, является ли данное лицо гражданином определенного государства, может быть разрешен только по закону этого государства. Этот принцип международного права отстаивался Гаагской конвенцией о коллизии законов о гражданстве от 12 апреля 1930 г. (которая, однако, в Англии не введена в действие)[1], затем английскими судами[2] и Палатой международного правосудия: «La qualité de ressortissant d'un État ne peut se fonder que sur la loi de cet État»[3] («состояние в гражданстве определенного государства может определяться лишь законом этого государства»). Если англичанин женился на американке, английский закон решает, приобретает ли она через свой брак британское гражданство (она приобретает), а закон Соединенных Штатов решает вопрос о том, теряет ли она свое американское гражданство (она не теряет).

Некоторые континентальные кодексы[4] игнорировали принцип, устанавливающий, что ни одно государство не в праве определять условия, при которых приобретается гражданство иностранного государства. Так, например, французский гражданский кодекс в своей первоначальной редакции (1804 г.) установил правило, в соответствии с которым француженка, вступившая в брак с иностранцем, разделяет гражданство своего мужа[5], и хотя французский закон впоследствии отменил это постановление, некоторые другие кодексы, основанные на французском кодексе, сохранили его[6]. Такие же ошибки можно иногда найти

---

[1] Ст. 2. См. Hudson V. International Législation (1936), 358, 364.

[2] Stoeck v. Public Trustee (1921) 2 Ch. 67, 82. Re Chamberlain's Settlement (1921) 2 Ch. 533, 544

[3] Publications de la Cour Permanente, Série, B, No 10, p. 19. См. также решение Sér. B, No 4, p. 24 и *Melchior*, loc. cit., p. 442.

[4] Английский закон более осторожен. The British Nationality and Status of Aliens Act, 1914 (4 and 5, Geo. V, c. 17) and 1933 (23 and 24 Geo. V, c. 49), s. 10 (1) гласит только, что«... жена британского подданного будет считаться находящейся в британском подданстве, а жена иностранца рассматривается как иностранка», а не говорит, что «жена иностранца разделяет гражданство своего мужа».

[5] Гражданский кодекс, ст. 19.

[6] Например, люксембургский гражданский кодекс, ст. 19; испанский гражданский кодекс (1889), ст. 22; голландский закон от 12 декабря 1892 г., ст. 5, и другие.

в нормах о гражданстве внебрачных детей. Так, например, французский закон от 26 июня 1889 г. предусматривал, что «внебрачный ребенок, отцовство которого было установлено в период его несовершеннолетия, следует гражданству того из его родителей, в отношении которого факт отцовства был раньше установлен». Согласно этому правилу, внебрачный ребенок английской женщины, рожденный за границей, должен был бы рассматриваться как британский гражданин, что, несомненно, неправильно с точки зрения английского права. Приведенная выше французская норма правильно была отменена в 1927 г., но аналогичная норма еще до сих пор действует в Бельгии[1]. Такие постановления, хотя и связывающие суды государства, их издавшего, будут игнорироваться судами любого иностранного государства.

В подобного рода случаях возникает своеобразное положение: немка выходит замуж за британского подданного; при нормальных условиях она при этом потеряла бы свое германское гражданство и приобрела бы британское. Предположим, однако, что брак считается недействительным по германскому закону и действительным по английскому, потому, например, что он был заключен в стенах здания британского посла в Швейцарии. В этом случае жена не теряет германского гражданства, хотя она и приобретает британское[2].

Во всех этих отношениях гражданство отличается от домицилия. Любая правовая система может предписать условия, от которых зависит приобретение домицилия. Она может считать, что домицилий был установлен в иностранном государстве, хотя закон этого государства рассматривает этот домицилий как установленный в каком-либо другом месте[3]. Закон какой либо данной страны может ответить на вопрос, где находится домицилий некоего *X*, но он не может указать, гражданином какого государства является этот *X*, а только сказать: является ли *X* гражданином данного государства. Поэтому английский закон может воспрепятствовать какому-либо лицу остаться без домицилия или иметь больше одного домицилия, как его понимает английское право, но он не может воспрепятствовать тому, чтобы это лицо имело два гражданства[4] или больше или не имело ни одного.

---

[1] Бельгийский закон от 15 мая 1922 г., ст. 2. См. также ошибочные решения французского кассационного суда, Rev. Darras, 1909, 249; *Melchior*, p. 442, note 4.

[2] См. решения германского верховного суда (Offic. Coll.), 70, 139, 364. Ср. *Lewald*, Renvoi, p. 72.

[3] См. in re Annesley (1926) I Ch. 692, 703 (per Russel, J.) и дальше, p. 136, note 2.

[4] Тем не менее, некоторые законы и даже некоторые конституции постановляют, что «никто не может одновременно быть граждани-

124. Примеры двойного (или множественного) гражданства (sujets mixtes)

Двойное или множественное гражданство может существовать с самого рождения: ребенок, рожденный в Англии в законном браке от отца-немца, будет германским гражданином в силу *ius sanguinis* (право крови) и британским—в силу *ius soli* (право почвы). Двойное гражданство может также возникнуть в результате брака: американская женщина, вступившая в брак с британским подданным, остается американской гражданкой и становится британской подданной. Такое положение может быть создано каким-либо формальным и добровольным актом: германский подданный, приобретший иностранное гражданство, сохраняет свое германское гражданство, если он получил разрешение германских властей оставаться в германском подданстве[1].

125. Примеры лиц без гражданства (apatrides)

Отсутствие гражданства с самого рождения: внебрачный ребенок, рожденный во Франции от матери, британской подданной; английское право не рассматривает его как британского подданного, а французское не признает его французским гражданином; или рожденный во Франции в законном браке ребенок, отец которого не имеет гражданства. Отсутствие гражданства может , кроме того, возникнуть из брака: германская гражданка, вступив в брак с американцем или с лицом, не имеющим гражданства, сама становится лицом без гражданства. Наконец, сотни тысяч германских беженцев на протяжении последних двадцати лет утратили свое гражданство в силу нацистских декретов.

126. Непризнание иностранного гражданства

2. Хотя ни одно государство не может в позитивной форме определить условия, при которых какое-либо лицо становится гражданином иностранного государства, из этого все же не следует, что нормы, установленные государством в от-

---

ном своего государства и какого-либо другого государства». См. польскую конституцию от 17 марта 1921 года, ст. 8 и другие. Такие постановления не эффективны, государство может предотвратить двойное гражданство тем только, что оно установит утрату гражданства любым его подданным, который приобретет или будет обладать гражданством иностранного государства.

[1] Это возможно согласно известному германскому lex Delbrück (германский закон от 22 июля 1913 года, разд. 25, § 2). О политической опасности этого постановления см. *A. Weil*, Rev. Darras, 11 и 12 (191[illegible]), 142; *Flournoy*. American J., 1914, 477. С другой стороны, см. *G. Schwartz*, Das Recht der Staatsangehörigkeit (1925), S. 153 et seq.

ношении своих граждан, всегда должны признаваться за границей. Только Германия может устанавливать нормы о германском гражданстве, но не все устанавливаемые ею нормы должны приниматься другими государствами[1]. Если бы Германия объявила, что все лица германской расы отныне являются германскими гражданами, независимо от того, имеют ли они швейцарское, голландское, бразильское, чилийское или аргентинское гражданство, ни одно государство не согласилось бы принять это положение и признать, что некоторые из его граждан отныне приобрели второе, германское, гражданство[2]. Когда бразильский закон от 4 декабря 1889 г. объявил бразильскими подданными всех лиц, находившихся на 15 ноября 1889 г. на территории Бразилии, если они в течение шести месяцев не заявят своих возражений, то некоторые французские решения[3] признали эту норму противоречащей международному праву и поэтому недействительной.

Лишение гражданства, хотя и допускаемое, вообще говоря, некоторыми государствами (в случае эмиграции, государственной измены, брака и т. д.), также может представлять собой нарушение международного права, — например, если оно применяется по чисто расовым основаниям, — так как это может повлечь за собой массовую эмиграцию и наводнение зарубежных стран иностранцами, не говоря уже о несовместимости такого положения с принципами гуманности и морали[4]. Иногда непризнание иностранного гражданства выводится из толкования внутреннего права.

Британский подданный не может, например, освободиться от своего гражданства, чтобы приобрести гражданство вражеской страны; если он поступит таким образом, это будет рассматриваться как государственная измена, и он продолжает нести ответственность за выполнение всех обязанностей, лежащих на британском подданном[5]. Писатель Хоустон Чемберлен, британский подданный, приобрел германское гражданство в период войны (1916г.), и возник вопрос о том, должно ли это обстоятельство быть признано английским судом. Ответ был дан в том смысле, что с точки зрения «целей» Версальского договора он был немцем, «для всех других целей» он тако-

---

[1] Kramer v. Att.—gen. (1922) 2 Ch. 850, 877 (Per Younger, L. J.)

[2] См. об этом *Triepel*, Brun's Z. 1, 185, 196.

[3] Rev. Darras, 11 и 12 (1916), p. 67 и *Melchior*, 443, note 2.

[4] Против этого можно возразить, что иностранные государства формально не обязаны принимать возможных эмигрантов, тем не менее, они могут чувствовать себя морально обязанными так поступить по соображениям гуманности. См. *Jennings*, 20, Br. Y. B. III.

[5] R. v. Lynch (1903) I. K. B., 444; Ex parte Freyberger (1917) 2 K. B., 129, 133.

ным не был[1]. Поэтому к нему не может быть применен разд. 13 Закона о британском гражданстве и гражданском состоянии иностранцев (The British Nationality and Status of Aliens Act) 1914г.[2], предусматривающий, что «британский подданный, натурализовавшийся в иностранном государстве... путем добровольного и формального акта, должен впредь рассматриваться как утративший свое британское подданство». Чемберлен останется британским подданным потому, что германское гражданство, приобретенное им путем измены, не может быть признано судом.

127. *Множественное гражданство в случаях, рассмотренных в § 122*

3. Нормы, применяемые только в отношении британских граждан, т. е. нормы, упомянутые выше, в § 122, применяются также и в тех случаях, когда речь идет о британских sujets mixtes, т. е. о лицах, имеющих два гражданства, из коих одно — британское. Если, например, мужчина, имеющий и британское и португальское гражданства, оформляет свой брак с португальской гражданкой у британского посла в Лиссабоне, такой брак будет считаться действительным с точки зрения английского права. Равным образом, иностранные подданные могут основываться на законах своего государства, если они имеют больше одного иностранного гражданства (если только они не являются британскими подданными).

Пример. Американский гражданин, имеющий в то же время и португальское гражданство, женится на американке и оформляет свой брак на территории американского посольства в Лондоне; с точки зрения английского закона, этот брак действителен. Если обе стороны — португальцы или американцы, они могут оформить свой брак в Лондоне по своему выбору — в посольстве Соединенных Штатов или в португальском посольстве (или в порядке, предусмотренном английским внутренним правом). Но если одна из сторон одновременно имеет американское и британское гражданство, их брак, заключенный в американском посольстве, формально нейдействителен, ибо Великобритания, как и всякое другое государство, рассматривает своих собственных подданных только как своих подданных и игнорирует их зависимость от другого государства[3].

---

[1] In re Chamberlain's Settlement (1921) 2 Ch. 533, 544.

[2] 4 and 5 Geo. V, c.

[3] За исключением страны этого другого государства, где такие лица не пользуются дипломатической защитой.

128. Применение «британского» права

4. В тех случаях, когда британское гражданство является решающим, часто бывает трудно установить, какую именно из действующих в Британской империи правовых систем следует применить, так как не существует «британского» права, а имеется лишь английское, шотландское право, право острова Мэн и так далее. Такая проблема возникает, в частности, в тех случаях, когда британский подданный заключает брак с другим британским подданным либо с иностранцем на борту британского торгового судна в открытом море (за пределами территориальных вод). Предлагалось в таких случаях применять закон страны, в которой стороны имеют свой домицилий; если, например, до издания шотландского Закона о браке 1939 г. оба супруга имели шотландский домицилий и заключили брак на борту британского судна за пределами территориальных вод, такой брак считался бы действительным, если он был заключен verba de presenti (со слов присутствующих). Такое решение кажется справедливым, но оно ограничивается лишь тем случаем, когда обе стороны имеют один и тот же домицилий. Если же они домицилированы в различных странах Британской империи или если ни одна из них не домицилирована в какой-либо части империи, разумно будет применить закон страны, в которой судно зарегистрировано, хотя судно из Глазго в открытом море, несомненно, не представляет собой обособленной части шотландской земли, но оно больше связано с Шотландией, чем с любой другой страной. Господствующее мнение, однако, повидимому, склоняется к тому, что в случае сомнения британский подданный рассматривается как подчиняющийся английскому праву. Основанием для такого мнения, несправедливого в отношении шотландского народа, является то обстоятельство, что во многих других отношениях английское право развилось в «разновидность имперского права». Дайси[1], защищающий указанную норму, ссылается на принцип, согласно которому британские подданные, обосновываясь в какой-либо вновь открытой стране, привозят с собой право Англии (даже если они шотландцы); он ссылается на многие британские законы, подтверждающие такое преобладание английского права, в частности, на Закон о браках, заключаемых за границей (1892 г., s. 4), устанавливающий, что для брака, заключаемого за границей, требуется такое же согласие, какое требуется для браков, заключаемых в Англии[2]. В континентальном праве также ино-

---

[1] Dicey, p. 741, note (u).

[2] Дайси, кроме того, цитирует The Colonial Laws Validity Act, 1865 (28 и 29 Vict., c. 63) s. 3, согласно которому ни один колониальный закон не должен считаться недействительным по мотивам его несовместимости с «правом Англии». Это положение не очень много доказы-

гда признается «сила притяжения» закона, действующего в столице государства. В Польше закон о межпровинциальных коллизионных нормах предусматривает, что если польский подданный никогда не проживал в Польше или если невозможно установить, проживал ли он там и в какой именно части страны, то следует применять закон, действующий в столице государства[1].

129. «Британское» право в случае обратной отсылки

5. С той же самой проблемой мы практически сталкиваемся в связи с обратной отсылкой (renvoi)[2]. Если британский подданный домицилирован вне пределов империи, скажем, в Италии, действительность его брака или наследование его движимого имущества после его смерти регулируются законом его домицилия, т. е. итальянским законом. Так как итальянская коллизионная норма предоставляет решение вопроса закону гражданства, т. е. британскому закону, и английский закон признает эту отсылку, то задачей суда является определить, какой из действующих в британской империи законов следует применить. В принципе ответ на этот вопрос должны дать итальянские коллизионные нормы, но так как в Италии не существует никаких норм по этому вопросу, то, очевидно, итальянское право намерено предоставить выбор британскому закону; таким образом, английский суд будет выбирать закон, с которым propositus (предмет спора) больше всего связан.

Если, например, до своего обоснования в Италии британский подданный имел свой домицилий по происхождению на Мальте, как это было в деле Джонсона[3], или в Южной Ирландии, как в деле О'Кифи[4], суд применяет соответственно мальтийское или ирландское право. Если же он никогда не имел домицилия в Британской империи, решающим будет английское право, как это указывалось выше, в п. 4.

БИБЛИОГРАФИЯ

Maury, Répert. IX (1931) 238. *Zeballos*, La Nationalité au point de vue d. droit comparé, 5 vol. 1914—1919. *Flournoy and Hudson*, A. Collection of Nationality Laws, 1929. *J. Foster*, Théorie anglaise, p. 48 et seq. *H. Triepel*, Internationale Regelung der Staatsangehörigkeit, in Bruns'Z. I., I, 185.

вает, так как всякая несовместимость с английским правом включает в себя несовместимость с шотландским или ирландским правом, и наоборот.

[1] Польский закон 1926 г., разд. 3 (1).

[2] См. дальше, § 178 и след.

[3] (1903) 1 Ch. 821, 832 et seq.

[4] (1940). Ch. 124. В этом случае умершая женщина родилась в Индии, но ее отец родился в Южной Ирландии в то время, когда Ирландское государство не существовало. Это обстоятельство, однако, не помешало суду применить закон, господствовавший в Ирландии во время ее смерти.

Gutzwiller, Jur. W., 1930, p. 1818, 1819. *Fromageot*, Double nationalité des individus et sociétés, 1891. *Le Germini*, Les conflits de nationalités devant les juridictions internationales, 1916. *P. Louis—Lucas*, Conflits des nationalités, 64. Rec. (1938, II) 5. *Th. Baty*, Rev. Chent, 1926, 622. *Ancel*, J. Clunet, 1937, 19. *Oppenheim* (*Lauterpacht*), Internat. Law, 5th ed., I, 528. *J. P. A. François*, Le problème des apatrides, 53 Rec. (1935, III) 287. *Audinet*, J. Clunet, 1925, 882. *Seckler and Hudson*, Statelessness, 1934, *Loewenfeld*, 27 Grotius Soc. 59.

СЛУЧАИ КАЖУЩЕЙСЯ ИДЕНТИЧНОСТИ КОЛЛИЗИОННЫХ ПРИВЯЗОК

130. Различные случаи

I. Иногда на первый взгляд кажется, что коллизионные нормы каких-либо двух стран применяют тождественные концепции для определения правоотношений. Так, например, в обеих странах действительность завещания или брака может определяться законом домицилия, последствия договора могут определяться законом места совершения договора. При этих условиях может казаться, что обеспечена желанная гармония между двумя системами права. Но более близкое исследование может обнаружить, что идентичные термины, обозначающие коллизионную привязку, относятся к различным понятиям. Так, например:

1. Понятие «домицилий» по французскому праву не то же самое, что по английскому. Лицо может продолжать иметь свой домицилий происхождения (в английском понимании) в одной стране, хотя оно основало «постоянное обзаведение» (établissement permanent) и, следовательно, домицилий во французском смысле слова—в другой стране[1]. Концепция домицилия в германском праве, кроме того, отличается как от английского, так и от французского права, допуская, в частности, множественность домицилия[2].

[1] До 1927 г. французский закон проводил различие между юридическим домицилием и просто domicile de fait (фактическим домицилием). Юридический домицилий на французской земле мог приобретаться только по официальному разрешению; ст. 13 гражданского кодекса (отменена 10 августа 1927 г.). В известном деле Carlos de Marchi della Costa, Nouv. Rev. 1938, 143, умерший был аргентинским гражданином и имел во Франции только domicile de fait. Согласно французскому закону, подлежал применению аргентинский закон. Но аргентинский гражданский кодекс признавал решающим закон домицилия. Французский апелляционный суд был готов принять эту отсылку (renvoi) к закону домицилия, но он не считал простой неофициальный домицилий во Франции тождественным с домицилием, как его понимает аргентинская коллизионная норма. Эту точку зрения едва ли можно признать правильной, но кассационный суд бессилен был исправить предложенное судом низшей инстанции толкование иностранного закона. См. об этом деле *Donnendieu de Vabres*, 66, Rev. Chent., 1939, 167.

[2] См. выше, § 99.

2. Понятие «место совершения договора» по-разному определяется в различных системах права. По английскому праву договор считается совершенным там, где сдано на почту уведомление об акцепте[1], по германскому праву—там, где уведомление достигает адресата[2]. Во французском праве эта проблема не разрешена, и верховный суд иногда придерживается системы declaration (места заявления), иногда системы expedition (места отправки уведомления об акцепте), т. е. английской системы, иногда германской системы (reception—места получения акцепта), а иногда даже нормы, по которой договор считается заключенным в момент, когда лицо, сделавшее офферту, узнает об акцепте[3], и в том месте, где оно об этом узнает.

3. «Местом исполнения» договорных обязательств по законам одних стран считается резиденция должника в момент исполнения договора (французское, итальянское, испанское, португальское, польское право), в других странах—его резиденция в момент заключения договора (германское, швейцарское, австрийское, скандинавское право), а в третьих—резиденция кредитора (Нидерланды)[4]. По английскому закону продавец при продаже товаров обязан их поставить в месте нахождения его предприятия, а если у него такового нет—в месте его постоянного пребывания; «если договор относится к продаже индивидуально определенных товаров, которые, как это известно сторонам при заключении договора, находятся в определенном другом месте,—то в этом случае это место считается местом поставки».[5] Индийский закон о договорах (The Indian Contract Act)[6] устанавливает, что местом поставки проданных товаров считается место их нахождения в момент продажи, независимо от того, было ли это место известно сторонам или нет; если товары еще не существуют, поставка должна быть выполнена «в том месте, где они производятся». Некоторые стороны устанавливают специальные правила исполнения денежных обязательств: так, например, английское

---

[1] Household Fire Insurance Co. v. Grant (1879) 4 Ex. D. 216; Henthorn v. Fraser (1892) 2 Ch. 27, 33; Bénaim v. de Bono (1924) A. C. 514, 520. То же, но с некоторыми различиями, в американском Restatement of the Law of Contracts, S. 64—69.

[2] Германск. гражданский кодекс, § 130. Та же норма действует в швейцарском, австрийском, венгерском, польском и советском праве.

[3] То же разногласие можно найти в Италии и в Нидерландах. Франко-итальянский проект обязательственного права, 1928 г., ст. 2, § 1, устанавливает, что договор считается заключенным, когда лицо, сделавшее офферту, «узнает об акцепте». Означает ли это, что решающим является место, в котором получено извещение об акцепте?

[4] *Rabel*, Recht des Warenkaufs, I (1936), S. 324.

[5] Sale of Goods Act, s. 29 (1). Те же правила существуют в Соединенных Штатах, согласно Uniform Sales Act, s. 43 (1).

[6] S. 94.

и швейцарское право определяют в качестве места исполнения резиденцию (или местонахождение предприятия) кредитора, а не должника[1].

131. Определение коллизионной привязки

II. Вопрос о том, какое из нескольких определений коллизионной привязки следует принять в данном конкретном случае, часто рассматривается как проблема «квалификаций» или же как проблема «отсылки». Однако на самом деле при разрешении этого вопроса ни одной из указанных выше проблем не возникает.

1. Вопрос о коллизионной привязке необходимо отличать от вопроса о квалификации[2]. Различие между этими двумя проблемами лучше всего можно иллюстрировать на примере. Возьмем английскую норму: правопреемство вследствие смерти в отношении движимого имущества регулируется законом последнего домицилия умершего. Это положение порождает два вопроса совершенно различного характера. Первый: какой закон определяет место, в котором нужно искать домицилий умершего? Второй: какие юридические нормы относятся к категории, обозначаемой термином «правопреемство вследствие смерти» (являются ли, например, нормы, в силу которых завещание становится недействительным вследствие брака завещателя, нормами о правопреемстве или нормами о браке)? Второй вопрос относится к «квалификации». Первый вопрос касается определения коллизионной привязки, и ответ здесь не вызывает затруднений. Этот ответ можно найти в той системе международного частного права, которую суд должен применить. Так как английский суд обычно применяет только свое национальное международное частное право, он определяет домицилий в соответствии с английскими нормами, действующими по этому поводу[3]. То же относится и к некоторым

---

[1] Robey v. Snaeffell Mining Co (1887), 20 Q. B. D. 152, 154. The Eider (1893) P. 119, 128, 131, 134; Charles Duval v. Ga s (1904). 2 K. B. 685. Швейцарский кодекс, 1911, S. 74. Против: французское, итальянское и германское право.

[2] См. дальше, § 138 и след.

[3] По делу Annesley (1926) I Ch. 692, 705 (per Russel, J.): «Вопрос о том, домицилировано ли данное лицо в иностранном государстве или нет, должен разрешаться в соответствии с требованиями английского закона о домицилии, независимо от того, приобрело или не приобрело это лицо домицилий в иностранном государстве с точки зрения этого государства. См. In re Martin (1900) P. (C. A.) 211, 227. Против—In re Johnson (1903) 1 Ch. 821 и In re Bowes (1906) 22, T. L. R. 711. In re Johnson подверглось критике со стороны судьи Скраттона в решении по делу Casdagli v. Casdagli (1918) P. 98, 109 и было отменено решением по делу Annesley, loc. cit. Об американском праве см. Restatement, S. 11.

другим коллизионным привязкам. Во всех тех случаях, когда, согласно английской коллизионной норме, спорный вопрос подлежит разрешению по закону места заключения договора или места его исполнения,—вопрос о том, где следует искать это место, должен разрешаться по английскому праву.

2. Отношение между определением коллизионной привязки и доктриной «renvoi»[1] совершенно ясно, хотя иногда в дискуссию по этому вопросу вкрадывается опасная ошибка. Норма «отсылки» заключается в том, что если коллизионные нормы суда страны *X* предписывают применение иностранного закона страны *Y* и если коллизионные нормы этой страны *Y* допускают применение закона страны *X* или какой-либо третьей страны *Z*, суды применяют такую обратную отсылку или отсылку к праву третьей страны и, следовательно, применяют материальное гражданское право, соответственно, страны *X* или *Z*. Само собой понятно, что эта норма «renvoi» не может действовать, пока не найдена коллизионная привязка, согласно закону страны *X*. Но когда эта привязка установлена, вторая коллизионная привязка может быть найдена согласно коллизионной норме страны *Y*; может случиться, что эта коллизионная норма (страны *Y*) определяет коллизионную привязку, употребляя такие выражения, как «домицилий» или «место заключения договора», которые встречаются также и в коллизионных нормах страны *X*, но имеют там иное значение. Такие выражения должны в таких случаях истолковываться в соответствии с законодательством страны *Y*[2]. Две противоположные иллюстрации могут объяснить суть этого спорного вопроса.

а) Британский подданный, домицилированный в Копенгагене с самого рождения, имеет свое обычное местопребывание (свой «домицилий» в датском значении этого термина) в Англии, но без разрыва всех уз, связывающих его с Данией. В случае судебного иска, касающегося наследования в отношении его движимого имущества, английский суд будет применять английское право по следующим соображениям: английская коллизионная норма признает решающим закон последнего домицилия (в английском понимании этого термина), т. е. датский закон. Датская коллизионная норма провозглашает, что правопреемство регулируется законом обычного места пребывания (что датчане называют «домицилием») и, так как такой обычной резиденцией была Англия, датский суд должен будет применять английский закон. Согласно норме об «отсылке», английский суд должен применить датскую коллизионную норму;

[1] См. дальше, § 178 и след.

[2] См. *Lewald*, Théorie du renvoi, p. 564, note 2. *Melchior*, 175 et seq. *Tedeschi*, Domicilio, 52. Германский апелляционный суд, Karlsruhe Rabel's Z. I P. Rechtspr. 1930, N 89. Сравни выше, § 130 прим.

следовательно, одерживает верх английское материальное гражданское право.

б) Финский подданный, домицилированный (в английском понимании) в Швеции, но обычно пребывающий в Копенгагене, умирает, оставив движимое имущество в Англии. Английский суд раньше всего будет рассматривать шведский закон как закон домицилия. Шведская коллизионная норма, однако, отсылает к закону гражданства (умершего), т. е. к финскому закону,—и так как Финляндия также придерживается принципа гражданства, английский суд, принимая «отсылку», должен будет применить финский закон. Не имеет значения то обстоятельство, что шведский закон признает домицилием лица место его фактического пребывания, в данном случае Данию, ибо, согласно шведскому международному частному праву, домицилий не рассматривается как коллизионная привязка. Здесь, следовательно, нельзя говорить об «отсылке» от шведского закона к датскому. Изложенная здесь точка зрения, несомненно, соответствует действующему английскому праву; это было окончательно установлено по делу Аннесли[1]. Противоположная точка зрения отражена в конвенции Монтевидео, ст. 5, и в кодексе Бустаманте, ст. 22. Согласно этим конвенциям, закон страны, в которой лицо случайно находится, решает вопрос о том, имеет ли это лицо домицилий в этой стране. Выдающийся германский ученый Цительман пытался оправдать эту точку зрения. По его мнению, нормы о гражданстве могут по аналогии применяться в случае спорности вопроса о домицилии[2]. Такая аналогия легко опровергается. Государство, и только государство, может предоставлять гражданство и определять круг лиц, являющихся его гражданами[3]. Но суверенитет государства не нарушается, если закон, действующий вне его пределов, рассматривает какое-либо лицо как домицилированное на территории этого государства, хотя само это государство придерживается другой концепции в отношении домицилия[4].

132. *Толкование коллизионных норм путем обращения к внутреннему материальному праву*

III. Мы уже видели, что суд устанавливает коллизионную привязку, применяя свои собственные коллизионные нормы. Толкование этих норм, однако, чаще всего зависит от внутреннего (материального) права данной страны. Когда, например,

[1] (1926) I Ch. 692, 705.
[2] *Zitelmann*, I, 279.
[3] См. выше, § 123.
[4] По этому вопросу: *V. Tedeschi*, Il domicilio, 61 et seq., *Melchior*, 162 et seq.; *von Caemmerer*, R Vgl. HWB, IV, 350.

действительность договора должна определяться по закону места его заключения, то ответ на вопрос о том, где был совершен договор, дает английский закон[1]. Точно так же разрешается вопрос о месте исполнения. Обращалось внимание на то обстоятельство, что коллизионные нормы данной страны иногда употребляют тот или иной термин не в том понимании, в каком он употребляется в чисто внутреннем (материальном) праве. Само собой понятно, что в таких случаях решающее значение имеет толкование, предлагаемое коллизионными нормами[2]. Однако, насколько мне известно, такое расхождение в понимании терминов между коллизионными нормами и внутренним правом встречается относительно редко[3]. Такие термины, как «место заключения договора», «место исполнения», «место совершения правонарушения», «домицилий», имеют одинаковое значение в английском международном частном праве и в английском внутреннем (материальном) праве.

133. Толкование коллизионной привязки в международных конвенциях

IV. Если международные конвенции по международному частному праву,—такие, например, как гаагские конвенции, конвенции Монтевидео или кодекс Бустаманте,—обозначают коллизионные привязки через термины, имеющие различные значения в разных участвующих в этих конвенциях странах, то в самой конвенции иногда дается определение такого термина[4]. При отсутствии такого определения термин должен истолковываться по единообразному методу. Если предоставить судам отдельных стран толковать неясные определения в том смысле, в каком они понимаются в их собственном внутреннем праве, то это противоречило бы целям указанных конвенций[5]. Желательно, чтобы текст конвенции был составлен так, чтобы избежать выражений, имеющих техническое юридическое значение: например, вместо понятия «домицилий» следует употреблять термин «обычное место пребывания».

---

[1] Ср. Benaim v. de Bono (1924), A. C. 514, 520.

[2] *Rabel* в своем Zeitschr. 5, 248.

[3] См., однако, о *situs* (или *quasi-situs*) не-материальных вещей дальше, § 515; также замечания в комментариях Дайси к его правилу 3.

[4] П р и м е р. Кодекс Бустаманте, ст. ст. 23, 24, трактующие о «домицилии в силу закона» индигенцев. С другой стороны, Гаагская конвенция о коллизионных нормах в отношении развода (ст. 2, № 2) говорит о домицилии, не давая никакого определения. Повидимому, в данном случае понятие домицилия должно определяться в соответствии с законом гражданства сторон. См. *Melchior*, p. 180, note 3.

[5] Об этом см. выше, § 43. См. Постоянная палата международного правосудия, Publications, Series B, № 7 (относительно понятия «домицилий» в договоре между союзниками и Польшей от 28 июня 1919 г.) и №10 (относительно термина «établi» в греко-турецком договоре от 30 января 1923 г.).

БИБЛИОГРАФИЯ

F. Kahn, Abhandlungen, I. 92. *Neuner*, Rabel's Z., 8, 81. *J. Donnedieu de Vabres*, 66 Rev. Ghent (1939) 167. См. ниже, § 157 книги о квалификации, особенно *A. H. Robertson*, Characterization in the Conflict of Laws, 92 et seq.

ОБХОД ЗАКОНА ПУТЕМ ИСКУССТВЕННОГО СОЗДАНИЯ КОЛЛИЗИОННОЙ ПРИВЯЗКИ

134. Постановка вопроса

Когда принудительная юридическая норма препятствует достижению преследуемой цели, заинтересованные лица часто пытаются обойти эту норму, создавая для этого каким-либо анормальным способом такой фактический состав дела, к которому эта норма неприменима и который, тем не менее, обеспечивает тот экономический или социальный результат, который эти лица имели в виду. Такой *fraus legi facta* (обход закона) может иметь место в пределах внутреннего законодательства, и история права каждой страны изобилует примерами «неисчерпаемой изобретательности и хитрости, направленной к тому, чтобы сделать действие закона тщетным»[1]. В английском праве самым известным примером этого рода было «изобретение» доверительной собственности с целью обхода закона о фидеикомиссах 1535 г. (Statute of Uses). В области международного частного права такие случаи обхода закона встречаются очень часто. Стороны, желая создать определенное правоотношение, запрещенное законом страны *X*, искусственным и необычным путем создают коллизионную привязку к стране *Y*, где закон благоприятствует их цели. Ниже мы приводим некоторые иллюстрации:

1) Компания, намеревающаяся осуществлять свою деятельность только в Англии, учреждается в другой стране, где законодательные нормы менее строги или подоходный налог ниже, чем в Англии[2].

2) Брак между двоюродным братом и сестрой, запрещенный испанским законом, которому стороны подчинены, оформляется в другой стране, где такого запрещения не существует. Такого рода обход закона особенно часто встречается

---

[1] *Jhering*, Geist des römischen Rechts, III, 257.

[2] Многие компании, имеющие свой действительный центр управления в Нью-Йорке, зарегистрированы в Делаваре в соответствии с более легким законом. Уклоняющиеся от налога английские и иные европейские компании можно найти в Монако, Люксембурге, на Нормандских островах, в швейцарском кантоне Во и особенно в лилипутском государстве Лихтенштейн, где количество юридических лиц, быть может, превосходит количество физических лиц.

в Соединенных Штатах, где действующая норма международного частного права устанавливает, что брак, действительный в месте его совершения, признается действительным всюду[1].

3) Супруги хотят получить развод, хотя по закону их гражданства это невозможно. Они поэтому переносят свой домицилий в другую страну или даже принимают новое гражданство.

Примерами могут служить известные «клаузенбургские браки» и «фиумские браки». Множество австрийских католиков, получив отлучение от ложа и стола, направлялись в Клаузенбург, в Венгрии, где они по венгерскому закону получали развод, запрещенный для них по австрийскому закону, а затем заключали новые браки. Многие итальянцы, для того чтобы получить развод, приобретали венгерское гражданство или гражданство свободного государства Фиуме (существовавшее с 1920 по 1924 г.) путем натурализации или принятия гражданства. Это давало им возможность получать судебные приказы о разводе, что не допускалось по итальянскому закону[2]. Так называемые «туристские разводы» особенно часто встречаются в Соединенных Штатах. Лица, которые в своем настоящем домицилии не могут получить развод ввиду строгости действующего там закона, переезжают в Неваду или в какой-либо иной штат, разрешающий развод на менее строгих условиях, и пребывают там некоторое время[3].

4) Домицилированный шотландец создает английский «домицилий по выбору» для того, чтобы освободиться от действия нормы, ограничивающей в интересах детей свободу лица распоряжаться своим имуществом путем завещания[4].

5) Беременная незамужняя женщина до родов меняет свой домицилий с целью получить возможность для себя или для своего ребенка предъявить против отца иск, регулируемый нормами более благоприятной правовой системы.

6) Заключая договор, стороны подчиняют его правовой системе, по которой определенные условия признаются дей-

---

[1] Restatement, § 121.

[2] См. также французское дело *Vidl*, J. Clunet, 1878, 268.

[3] Вопрос о том, при каких условиях решение о разводе, полученное таким путем в одном штате, должно признаваться во всех других штатах США, в соответствии с «full faith and credit clause» американской конституции (ст. IV), — оставался спорным. Ответ отрицательный, если ни один из супругов не имел своего домицилия в штате, разрешающем развод. Если же, однако, один из них создал такой домицилий, а второй был вызван (оповещен) только публикацией, непризнание развода было санкционировано решением по делу Haddock v. Haddock (1906) (201, U. S., 562): в 1943 г. Верховный суд отменил это решение своим решением по делу Williams. v. North Caroli a (63 Supr. C. 207). См. *Coodrich*, 294; *Lorenzen*, 52. Jale L. J. (1943) 341; *H. W. Holt*, 41 Michig. L. R. (1943), 1013.

[4] См. итальянское дело, J. Clunet, 1898, 969.

ствительными, между тем как с точки зрения нормально применяемого закона эти условия не действительны.

7) Француз, проживающий в Эвиане, на французском берегу Женевского озера, желает обязаться совершить дар. По французскому закону в этом случае требуется нотариально засвидетельствованный документ, а швейцарский закон считает достаточным письменный документ. Даритель пересекает озеро и совершает свое обещание в Ути по швейцарской форме для того, чтобы избежать уплаты нотариальных сборов.

135. Средства к преграждению обхода закона

Существуют ли какие-либо нормы против такого рода обхода закона?

В небольшом количестве случаев имеется возможность объявить создание мнимой иностранной коллизионной привязки противоречащим действительному намерению сторон и поэтому недействительным. Так, например, суд едва ли склонен будет поверить, что лицо, меняющее место своего пребывания с целью облегчения своего развода или составления свободного от ограничений завещания, действительно намерено создать новое постоянное место жительства[1]. В некоторых других случаях создание договаривающимися сторонами искусственной коллизионной привязки подпадает под действие тех континентальных систем, которые устанавливают, что договор может быть подчинен только той правовой системе, с которой он имеет действительную связь[2]. В Соединенных Штатах[3] Национальная конференция уполномоченных по разработке единообразных законов штатов предложила в 1912 г. Закон об обходе брачного права, касавшийся «браков, заключенных в других штатах или странах в обход или с нарушением законов штата домицилия»; этот закон, однако, был введен только в немногих штатах[4]. Другой единообразный Закон 1907 г., регулирующий порядок аннулирования браков и совершения разводов, ставит юрисдикцию в отношении признания недействительности браков и совершения бракоразводных дел в зависимость от того, была ли или не была одна из сторон *bona-fide* резидентом этого штата и продолжала ли им оставаться «в течение определенного периода»[5]. Швейцарский гражданский кодекс 1907 г.

---

[1] Это относится к примерам 3, 4 и 5, приведенным выше, в § 134.

[2] См. дальше, § 399. Это относится к случаю 6, приведенному выше, § 134 (согласно континентальному, но не английскому праву).

[3] On American Law 42 Columbia L. R. (1942), 1022.

[4] Вермонт, Массачусетс, Луизиана, Висконсин, Иллинойс, Западная Виргиния. См. *Beale*, II, 682 et seq. О Квебеке см. квебекский кодекс (1865), s. 135.

[5] Этот закон был введен только в Делавере, Нью-Джерси и Висконсине.

установил, что «брак, заключенный за границей, считается недействительным, если перенесение этого акта в иностранное государство было предпринято с явной целью избежать оснований, в силу которых швейцарское право признало бы его недействительным»[1].

136. Французская норма

Упомянутые выше нормы не охватывают всех видов искусственно создаваемых коллизионных привязок. Они не включают, например, случаев обманной перемены гражданства или произвольного установления *locus actus* (места совершения сделки) в какой-либо зарубежной стране в тех случаях, когда решающим является *lex loci actus* (закон места совершения сделки). Поэтому французское право разработало всеобъемлющую доктрину, основывающуюся на старинном неясном афоризме *fraus omnia corrumpit* (обман все уничтожает). Любой «обманный» обход юридической нормы путем установления иностранной коллизионной привязки во Франции рассматривается как недействительный, и, следовательно, обойденная норма применяется так, как если бы она не была обойдена[2]. Акт считается обманным, если он страдает «недостатком искренности» («défaut de sincérité»),—формула, довольно неопределенная.

Французские суды в значительной степени следовали этой доктрине.

Когда французское общество Société de Moulin Rouge было основано с номинальным местонахождением в Лондоне, будучи там зарегистрировано как компания с ограниченной ответственностью, хотя в действительности предприятия и правление общества находились в Париже,—французский суд признал создание английского местонахождения обманным[3]. Когда французская чета, желая избежать определенных формальностей, требуемых французским законом при заключении брака, уезжает в Англию и там оформляет свой брак,—французский суд объявляет такой брак недействительным и оправдывает это концепцией об обходе закона (fraude à la loi)[4].

Такая же точка зрения была воспринята итальянскими судами в отношении итальянских подданных, принявших иностранное гражданство с целью избежать запрещения развода в Италии.

---

[1] Гражданский кодекс, заключительная глава, ст. 61, разд. 7 f.
[2] *Niboyet, Manuel*, *pp*.571—590. Более узко:*Arminjon* I No. 117.
[3] Tribunal de la Seine, Dalloz Pér. 1913. 2. 165.
[4] Cour de Cass., Dalloz, 54. 1. 201; 67. 1. 13; 75. 1. 482 и др.

137. *Английское право*

Английское право так же, как и германское, никогда не придерживалось этой доктрины. Пресловутые «шотландские браки»,[10] заключенные на шотландской территории бежавшими из Англии лицами, всегда признавались в Англии[1]. Выбор места для заключения договора английское право никогда не рассматривало как обманный маневр, даже если это было сделано с целью избежать действия законов другой страны. Действительно, трудно понять, почему документ, подобный тому, который мы описали выше в примере с французом, проживавшим в Эвиане[2], должен считаться обманным, поскольку цель ст. 931 французского гражданского кодекса, объявляющей акт о дарении недействительным, если он не совершен перед нотариусом, не заключается в том, чтобы приносить сборы нотариусу или налоги государству.

С точки зрения английского права, доктрина *fraus legi facta* (обхода закона) совершенно бесполезна в таких случаях, какие описаны выше, в примере 2. В Англии дееспособность родственников на заключение браков между собой не регулируется законом места оформления брака, а законом домицилия; там поэтому не может иметь место «обманный» выбор особенно благоприятного *locus actus* (места совершения акта). Наконец, в случаях, описанных в примере 1, английское решение очень просто: компания, зарегистрированная в иностранном государстве, рассматривается как «иностранная» компания. Если такая компания имеет свое центральное правление в Англии, она подчиняется всем тем нормам, которые регулируют деятельность любой подлинной и добросовестно действующей иностранной компании, имеющей в Англии свои предприятия или свое имущество. Английский суд, в частности, правомочен обратить такую компанию к ликвидации, так же как и всякую другую незарегистрированную компанию, осуществляющую свою деятельность в Англии. Не имеет значения, была ли компания организована за границей по иностранному закону с целью обхода закона или нет[3].

Указывалось на то, что имеется один-единственный случай, когда перемена домицилия, если она совершена с обманной целью, признается недействительной: когда мать или опекун меняет местожительство несовершеннолетнего для того, чтобы изменить распределение его наследства в случае его смерти. Действительно, в деле Potinger v. Wightman[4], обычно цитируе-

---

[1] Compton v. Bearcroft (1769) 2 Hagg. Cons., 430.
[2] См. выше, § 134, пример 7.
[3] Companies Act, 1929, s. 338 (1).
[4] (1817) 3 Mer. 67.

мом в подтверждение существования этого исключения[1], имеется ссылка на такую норму, и эта норма основывается на континентальной (голландской и французской)[2] доктрине обхода закона (fraus). Но дело в этой части не было решено, и Грант утверждал, что «никогда еще не было дела, в котором с меньшим основанием можно было бы подозревать обход закона». Утверждают, что когда ребенок поражен смертельной болезнью и его мать покидает место своего пребывания с «обманной целью» наследовать его имущество, она не имеет действительного намерения переменить свой домицилий.

БИБЛИОГРАФИЯ

Ottolenghi, La frode alla legge e la questione dei divorzi fra Italiani, 1909. *Arminjon*, J. Clunet, 1920, 409; 1921, 64. *Travers*, Rev. Darras, 1910, 24, 362. *Niboyet*, Rev. Ghent, 53 (1926), 485. *Regis Rivol*, Les divorces de Fiume, 1925. *Morelli*, 3 Rabel's Z (1929), 338. *R. H. Graveson*, 19. J. Comp. Legisl., 1937, 21. *Vetsch*, Umgehung des Gesetzes (Zürich, 1917), 146. *Ligeropoulo*, Le problème de la fraude à la loi, 1928, и в Répert, VIII, 439. *Foster*, La théorie anglaise, p. 118.

КВАЛИФИКАЦИЯ ПРАВОВЫХ НОРМ И ИНСТИТУТОВ

138. Введение

I. Всякая правовая система придает особый юридический характер отношениям, регулируемым правом. Права на имущество, предоставляемые по закону вдове, можно рассматривать как право наследования *ab intestato* (без завещания), как это имеет место в английском праве[3], или эти права могут основываться на особой системе супружеской собственности, как, например, французское communauté légale (общность имуще-

---

[1] *Dicey*, Rule 9, exception (2) to Sub-rule (1), *Cheshire*, p. 192.

[2] Джон Вут в своих комментариях к Дигестам рассматривает случай перенесения домицилия из Южной Голландии, где действует Schependomsrecht, в Северную Голландию, регулируемую другой системой наследования—Aasdoms-recht (См. *Lee*, Introduction to Roman Dutch Law, p. 390), и утверждает, что такая перемена домицилия действительна только в том случае, если она совершена bona-fide, если родитель имеет «законную и правдоподобную причину для переезда» (justa et probabilis causa migrandi). Pothier, принимая доктрину обмана, говорит, что домицилием пережившей матери, «поскольку она намеревается его переменить без обманной цели, должен считаться домицилий ее детей. Домицилий будет считаться обманным, если нельзя будет найти никакой иной причины для его перемены, кроме намерения обеспечить для себя преимущества в правопреемстве в отношении движимого имущества ее детей». См. Potinger v. Wightman, loc. cit., p. 74, 76.

[3] Английский Закон об управлении наследством 1925 г., разд. 46, подр. (1), (i); французский гражданский кодекс, ст. 767 (succession irrégulière); германский гражданский кодекс, §§ 1931, 1932.

ства в силу закона[1]), или же являться результатом брака, как, например, право на содержание по германскому праву[2]. Английская норма, по которой завещание, составленное лицом, не состоящим в браке, становится недействительным, если это лицо вступает в брак,—рассматривалась как институт семейного права[3], между тем как германская норма, в силу которой завещание в таких случаях становится оспоримым, несомненно, относится к области наследственного права[4]. Почти всюду имущество лица, умершего без завещания и не имеющего родни, обладающей правом наследования, принадлежит государству; но это право иногда рассматривается как подлинное право наследования (германское, итальянское право), а иногда как квазифеодальное право на выморочное имущество (английское право до 1926 г.) или как *ius in bona vacantia* (право государства оккупировать бесхозяйное имущество) (современное английское право)[5]. Все континентальные системы права рассматривают согласие родителей или опекунов на брак их детей или подопечных как одно из материальных условий брака[6]. Английское право квалифицирует нормы, требующие такого согласия, как нормы, регулирующие только «форму брака»[7]. Нарушение обещания вступить в брак английским и германским законом квалифицируется как нарушение договора[8]; французским правом—как нечто юридически ничтожное, если только не имеется условий, свидетельствующих о наличии «деликта»[9]. Исковая давность, согласно всем континентальным правовым системам, относится к области материального права; английское право относит этот вопрос к процессуальному праву[10].

Большинство правовых систем считает, что лицо, ведущее дела другого лица без его поручения, при известных условиях несет ответственность за убытки, возникающие из такого рода

---

[1] Французский гражданский кодекс, ст. 1400 и след., или германский установленный законом или договором режим, гражданский кодекс, §§ 1363 до 1557.

[2] Сравним, например, французский гражданский кодекс, ст. 212; германский гражданский кодекс, §§ 1360, 1361, 1615.

[3] In re Martin (1900), P. 211, 240.

[4] Германский гражданский кодекс, § 2079.

[5] См. разд. 46/1 (VI) и 45 (1) (d) Закона об управлении наследством, 1925; германский гражданский кодекс, § 1936.

[6] См. французский гражданский кодекс, ст. ст. 148—150, 154, 155, 159, 182.

[7] Simonin v. Mallac (1860) 2 Sw. Tr. 67. См. дальше, § 306.

[8] В германском праве вопрос спорен; однако верховный суд применяет договорные нормы: Decis. (Off. Coll.) 61, 268.

[9] *Planiol et Ripert*, Traité prat., II (1926) 72 et seq.

[10] См. British Linen Co. v. Drummond (1830) 10 B. and C., 903; Huber v. Steiner (1835)2 Bing. N.C., 202. Ср. дальше, § 219.

действий; эта обязанность иногда рассматривается как квазидоговорная[1], иногда—как обязанность, возникающая из правонарушения.

139. Различные цели квалификации

Что означает такая «квалификация» или «характеристика»[2] («classifications», «characterization»)?

1. Ее цель иногда заключается только в том, чтобы установить систему, привести в порядок огромное количество юридических норм. Этот вид квалификации здесь не имеет существенного значения, и мы можем его игнорировать.

Примеры. Известный вопрос о том, следует ли владение рассматривать как право или как факт; или о том, следует ли право арендатора квалифицировать как ius in rem (вещное право)—проблема, возникающая в тех правовых системах, в которых «аренда сохраняется при продаже» (как это имеет место в Германии).

2. Иногда эти «квалификации» относятся к той или иной коллизионной норме. Примером этого может служить английская квалификация исковой давности как процессуальной нормы. Такая квалификация представляет собой сжатую формулировку принципа международного частного права, в силу которого английский суд должен применять *lex fori* (закон места судебного разбирательства), если перед ним возникает вопрос о возможности или невозможности принять иск за истечением исковой давности.

Другим примером может служить норма, по которой согласие родителей является «формальностью» (вопросом формы); это означает, что такой вопрос регулируется законом места заключения брака.

Квалификации этого рода должны приниматься во внимание иностранным судом в тех случаях, когда этот суд ввиду «обратной отсылки» обязан применять иностранное международное частное право.

3. Большинство квалификаций относится к юридическим нормам, составляющим часть внутреннего материального права страны. Их задачей является замена большого количества норм материального права сжатой формулой. Квалификация имеет своим последствием устранение повторений. Вместо того, чтобы сначала установить нормы о заключении договора продажи и затем все снова и снова повторять эти нормы, когда речь

---

[1] *Negotiorum gestio* (ведение чужих дел без поручения). См. германский гражданский кодекс, § 678.

[2] На континенте говорят о «квалификации»—термин, впервые употребленный Е. Бартеном и принятый всеми авторами, пишущими на французском, итальянском, немецком или испанском языках.

идет о мене (бартере), товариществе, найме услуг и т. д.,— закон устанавливает общие нормы о договорах, а затем квалифицирует различные виды соглашений, определяя, являются ли они договорами или нет. Вместо того, чтобы сначала объяснить, что передача права собственности имеет силу в отношении третьих лиц, и затем повторять то же самое постановление, когда речь идет об угодьях, о закладных, залоге, узуфрукте,— закон характеризует все эти провоотношения как iura in rem (вещные права). Норма, предоставляющая вдове долю в имуществе умершего, может быть квалифицирована как норма, регулирующая режим супружеской собственности, или как норма о правопреемстве вследствие смерти. В первом случае это означает, что умерший не мог распоряжаться этой долей по завещанию, что его кредиторы не могут наложить на нее ареста, что исполнитель завещания (душеприказчик) не может участвовать в управлении этой долей наследства и т. д. Во втором случае это означает, что вдовья доля может быть полностью исключена или ограничена по завещанию, что имущество, которое она наследует, принадлежало исключительно *de cuius* (умершему) и несет ответственность по его долгам, что в данном случае должны применяться нормы о принятии наследства или отказе от него и т. д. Квалификацию можно сравнить с математическим процессом вынесения за скобку множителя, общего для нескольких чисел[1].

Следовательно, судья, применяя иностранный внутренний закон, обязан применять все те иностранные нормы, которые вытекают из квалификации, относящейся к этому иностранному закону, и воздерживаться от применения каких-либо иностранных юридических норм, которые должны были бы применяться при иной квалификации. Если, например, английский суд принимает к своему рассмотрению иск рабочего к своему нанимателю о компенсации за увечье, полученное им во Франции

---

[1] Иногда в одной и той же правовой системе одна и та же норма или институт квалифицируется по-разному. В одной области, например, в международном частном праве, полномочия, предоставляемые собственником движимого имущества другому лицу на право распоряжения этим имуществом в его, собственника, личных интересах, характеризуются только как представительство, между тем как нормы налогового права часто трактуют такие полномочия (экономически равносильные праву собственности) как право собственности в юридическом смысле. Или же то, что в одной статье закона определяется как «формальность», может в другой статье того же закона рассматриваться как вопрос «существа». По германскому праву, например, норма, по которой согласие на вступление в брак не может быть дано под каким-либо условием, классифицируется как вопрос формы, между тем как норма о невозможности зачета под условием рассматривается, как вопрос «существа». См. дальше, § 324.

он должен, применяя французский закон, принять во внимание, что французское право квалифицирует ответственность нанимателя как договорную, а не как вытекающую из деликта или квазиделикта (как это делает английское право)[1], и поэтому если договор будет признан недействительным, суд должен вынести решение в пользу ответчика.

140. Случаи, когда закон, подлежащий применению, зависит от квалификации (Мальтийское дело)

II. Все сказанное, однако, предполагает, что не возникает никакого сомнения относительно того, какой закон следует применить. Трудности возникают тогда, когда решение этого вопроса само по себе зависит от квалификации юридических норм, которые могут быть применены к данному случаю, и когда эта квалификация различна в коллидирующих правовых системах. Иллюстрацией этого спорного вопроса может служить известное французское дело Anton v. Bartolo[2], явившееся поводом к тому, что Э. Бартен начал свое исследование о «квалификации».

Мальтийская супружеская чета, домицилированная на Мальте до 1870 г., окончательно обосновалась во Французском Алжире; там муж приобрел землю и умер в 1889 г. Его вдова, помимо половины общего имущества, относительно которого, повидимому, не было никакого сомнения, претендовала еще на узуфрукт (вещное право пользовладения) в одной четверти имущества, оставленного покойным. Ее претензия была обоснована с точки зрения мальтийского закона, действовавшего в момент заключения брака[3], но не подлежала удовлетворению по французскому закону. Какой из этих двух законов подлежит применению?

Ответ на этот вопрос зависит от квалификации нормы мальтийского закона. Если эта норма относится к имущественному режиму супругов (régime des biens), претензия вдовы обоснована, так как по французским коллизионным нормам режим супружеской собственности регулируется мальтийским законом как законом первого супружеского домицилия. С другой стороны, если мальтийская норма относится к наследственному праву, претензия неосновательна, так как по французским коллизионным нормам наследование движимости регулируется

---

[1] См. *Beckett*, loc. cit., p. 62, 63, note 2.

[2] J. Clunet, 1891, 1171. Это дело обычно называется «Maltese case».

[3] Code Rohan, ст. 17, 18; после смерти одного из супругов переживший супруг получает половину имущества, «приобретенного супругами в течение брака своим трудом и своей деятельностью», а в случае его бедности—право пожизненного пользования (usufruct) одной четвертью имущества умершего.

французским законом как законом последнего домицилия умершего, а наследование в недвижимости подчиняется *lex situs* (закону местонахождения имущества), т. е. опять-таки французскому закону. Далее, по мальтийскому закону право вдовы на узуфрукт в одной четверти квалифицируется как норма о супружеской собственности, поскольку эта норма содержится не в главе о наследовании, а в главе, трактующей о браке. По французскому внутреннему материальному гражданскому праву мальтийская норма (если бы такая норма была известна французскому праву) должна была бы, по мнению Бартена, квалифицироваться как относящаяся к закону о наследовании[1]. Какую из этих двух квалификаций должен был бы принять французский суд?

Несомненно, что правильный ответ должен быть найден в самой коллизионной норме. Но изучение коллизионных норм всех стран показывает, что в действительности это не так[2]. Причина заключается в следующем: в большинстве стран коллизионные нормы пользуются только ограниченным числом общих понятий, таких, например, как «способность» (право- и дееспособность), «форма юридических актов», заключение брака, развод, супружеская собственность, правопреемство вследствие смерти, законность рождения, узаконение, усыновление, опека, деликты, договоры, *iura in rem* (вещные права). Так как ни один законодатель не в состоянии исчерпывающе установить, к каким именно постановлениям или юридическим нормам иностранных государств относится то или иное из этих общих понятий, он вынужден допускать пробелы. Каждое общее понятие имеет крепкое и устойчивое ядро, но неопределенную периферию, и для любого законодателя практически невозможно установить какое-либо строгое и точное разграничение. Он не может издать каталога всех норм иностранных правовых систем, трактующих о том, что он признает супружеской собственностью, или норм, относящихся к тому, что он обозначает как «форму», и так далее. Он вынужден предоставить суду и доктрине

---

[1] Доводы, приводимые Бартеном, не вполне убедительны. Исторические соображения, однако, оправдывают его мнение: quarte du conjoint pauvre всегда рассматривалось как право наследования с точки зрения римского права (Nov. 53, c. 6, 117, c. 5), которое до введения гражданского кодекса являлось правом стран с писаным правом (pays de droit écrit).

[2] Пример коллизионной нормы, дающей требуемый ответ, можно найти в деле Huntington v. Attrile (1893) A.C. (P. C.) 150, 155: английская коллизионная норма, согласно которой применение иностранного «уголовного права» не допускается, дает ответ на вопрос о том, какие иностранные законы считаются «уголовными»; судебные решения, вынесенные в стране, где такой закон был издан, не обязательны для суда, рассматривающего дело.

возможность дать ответы на эти вопросы; они должны восполнить пробелы. Какими же принципами должны они руководствоваться?

141. Господствующая доктрина Кана и Бартена

1. Господствующее мнение, сложившееся под влиянием Кана и Бартена, утверждает, что этот вопрос должен разрешаться внутренним правом суда. Такое решение, на первый взгляд, кажется понятным, поскольку общие понятия, действующие в международном частном праве, попросту позаимствованы из норм внутреннего права и их квалификации. Некоторые иллюстрации могут показать, к каким результатам такое решение приводит:

а) Мальтийское дело (см. § 140). В этом случае Бартен предлагает четвертую долю, предоставляемую вдове по мальтийскому закону, квалифицировать в соответствии с французским, а не мальтийским внутренним правом, хотя французский закон не дает права на вдовью долю. Алжирский апелляционный суд правильно вынес решение, не согласное с этой доктриной

б) Германский гражданский кодекс в разделе, озаглавленном «Супружеская собственность», трактует о «продолжающейся»— после смерти одного из супругов—«общности имущества» между пережившим супругом и нисходящими, независимо от того, являются ли они совершеннолетними или нет. По голландскому праву такая «продолжающаяся общность» существует только в пользу несовершеннолетних и рассматривается как вытекающая из «отношений между родителями и детьми». Допустим, что голландский суд должен вынести решение в отношении «продолжающейся общности» и что в момент заключения брака чета состояла в германском гражданстве, а в момент смерти мужа—в голландском. Несомненно, что супружеская собственность регулируется германским законом, а отношения между родителями и детьми—голландским. С точки зрения Бартена, решение вопроса о «продолжающейся общности» подчиняется голландскому закону, например, в том смысле, что при отсутствии малолетних детей «общность» прекращается. А какова, по мнению Бартена, должна быть позиция английского суда, если ему предстоит разрешить такой спор?

в) Домицилированный итальянец, рожденный вне брака, умирает холостяком, не оставив завещания. Его мать умерла раньше него. Часть его наследственного имущества состоит из вклада в Английском банке. Согласно английскому (и в этой части также и итальянскому) международному частному праву, «наследников» к этому имуществу должен определить итальянский внутрениий закон. По этому закону наследником является

итальянское государство[1], и это право государства во всех отношениях толкуется как право наследования. Если английский суд должен будет вынести решение по иску, предъявленному итальянским государством к банку, суд (если мнение Бартена правильно) должен будет рассуждать следующим образом: английский внутренний закон характеризует право английской короны быть «последним получателем» движимого имущества не как право наследования, а как *ius in bona vacantia* (право на оккупацию бесхозяйного имущества)[2]. Эта квалификация должна быть перенесена в английское международное частное право и должна применяться в отношении всех «подобных» прав любого государства на земном шаре. Хотя по итальянскому закону это имущество и не является *bonum vacans*, а государство считается наследником, как если бы оно было им назначено по завещанию,—имущество должно рассматриваться как «не имеющее наследников» (heirless), и, следовательно, *bonum vacans*, и подчиняться закону местонахождения имущества. В результате, банковский вклад переходит к английской короне, даже если существуют лица, которым по английскому закону о наследовании могло бы принадлежать право наследования[3].

142. *Критика*

Мы полагаем, что для такого решения нет никаких оснований. Бартен подчеркивает, что нормы коллизионного права и нормы внутреннего права данного государства составляют часть одной и той же правовой системы и что юридические понятия этой системы являются базисом как для судей, так и для законодателя. Это верно, и это объясняет, почему законодатель и суды при формулировке норм коллизионного права пользуются терминологией, разработанной во внутреннем материальном праве. Эта общность терминов позволяет нам предполагать, что такой термин, как, например, «форма» или «наследование», употребляемый в коллизионной норме, имеет, вероятно, то же значение, что и во внутреннем материальном праве, при условии, что коллизионная норма только определяет сферу применения в н у т р е н н е г о материального права данной страны. Но этот вывод мало помогает. Он не дает ответа на вопрос о том, к какой категории относится та или иная норма и н о с т р а н н о г о права. Этот вывод не оправдывает перенесения института иностранного внутреннего материаль-

[1] Гражданский кодекс, ст. ст. 750, 758.
[2] Закон об управлении наследством, 1925, ст. 46, подст. (1) (VI).
[3] Например, лица, назначенные наследником по завещанию, которое считается недействительным по итальянскому закону, но действительно по английскому.

ного права в область коллизионной нормы, действующей в месте судебного разбирательства, в тех случаях, когда иностранный институт «сходен» с институтом внутреннего материального права суда. В английском внутреннем материальном праве нет, например, такого института как общность имущества супругов, нет также ничего, подобного такому институту, за исключением, быть может, соглашения о товариществе. Препятствует ли это обстоятельство английскому суду квалифицировать общность имущества супругов-иностранцев как особый вид системы супружеской собственности, который, согласно английским коллизионным нормам, регулируется законом домицилия?[1] Далее, в чисто английском браке согласие родителей является элементом формы. Должен ли поэтому английский суд, вынося решение о браке, заключенном в Англии между двумя домицилированными французами, признать, что согласие родителей должно рассматриваться как формальность в смысле английского коллизионного права, с тем, что о значении этого согласия следует решать по закону места заключения брака (*lex loci celebrationis*), хотя французское право рассматривает согласие как вопрос дееспособности и поэтому подчиняет его закону домицилия?[2]

143. Доктрина английской юриспруденции

2. В то время как Бартен и его приверженцы истолковывают иностранные юридические нормы вне их связи с иностранной

---

[1] Рассуждения Бартена по мальтийскому делу, возможно, побудят его утверждать, что английский суд мог бы рассматривать такой случай как один из видов договорного товарищества и применять поэтому коллизионную норму о товариществе.

[2] По делу Ogden v. Ogden (1908), P. 46, апелляционный суд применил доктрину квалификации согласно lex fori, но авторитетность этого решения была опровергнута многими авторами. Решение было (может быть) удовлетворительным потому, что оно помогло поддержать брак. Обстоятельства дела были таковы: француз женился в Англии без согласия его родителей, и французский суд, в соответствии со ст. 148 гражданского кодекса, объявил этот брак ничтожным. Английский суд признал его действительным. Спрашивается, как должен был бы поступить английский суд, если бы обстоятельства изменились следующим образом: француз женился после 1927 г. без согласия отца, но с согласия матери, и брак был заключен в Германии (а не в Англии)? Французский суд признал бы брак действительным, так как начиная с 1927 г. согласия одного из родителей было достаточно. Германский суд вынес бы такое же решение, так как, согласно германской коллизионной норме, должен применяться французский закон. Но английский суд (если он будет придерживаться доктрины Бартена) должен будет признать брак оспоримым. Он должен будет перенести английскую квалификацию согласия как вопроса формы (процессуальный момент) в сферу международного частного права. Он, следовательно, должен будет применить норму о согласии, предусмотренную законом места заключения брака, т. е. германского местного закона (Бартен отвергает «отсылку»), а германский закон не разрешает замены согласия отца согласием матери.

правовой системой в целом,— Рабель и, независимо от него, Бекетт ратуют за то, что решение должно быть найдено путем сравнительного юридического исследования и аналитической юриспруденции. Каждая норма каждой правовой системы должна сравниваться с соответствующими нормами любой другой правовой системы с целью установления исчерпывающей системы основных понятий «абсолютно общего характера» (Бекетт). Некоторые из этих понятий, как, например, *iura in rem* и *in personam*, понятия договора и правонарушения, универсального и сингулярного правопреемства, были разработаны еще в средние века глоссаторами, пост-глоссаторами и в общих доктринах, созданных современными континентальными, а также, после Джона Остина, английскими и американскими юристами. Эта школа аналитической юриспруденции должна продолжать, улучшать и дополнять свою работу до тех пор, пока она не построит остова с многочисленными отделениями, систему правовых категорий, в которой каждый правовой институт найдет свое место. Этот план весьма привлекателен, и нет сомнения в том, что в этом направлении можно было бы сделать значительно больше, чем до сих пор было достигнуто. Следует особо отметить, что американский Restatement уже начал устранять некоторые трудности, возникающие из различных квалификаций, установив значительное число специальных коллизионных норм. В то же время европейские нормы международного частного права все еще далеко не полны[1]. Если бы даже было возможно изобрести исчерпывающую систему правовых категорий, охватывающую все существующие в мире институты и оставляющую незаполненными отделения, которые должны быть заполнены будущими институтами,—то это едва ли могло бы быть достигнуто без изменения самих законов. Приведем некоторые примеры: греческий закон предоставляет *quarta viduae* (вдовью четверть) как право наследования при отсутствии завещания, в то время как в мальтийском законе норма об этой четверти составляет часть системы супружеской собственности. Французское и итальянское право запрещает совершение совместных завещаний[2]; во французском законе это выражено в норме, касающейся «формы», в итальянском—как норма «внутренней действительности» документа[3]. Как мог бы самый ученый аналитик права устранить такие различия в квалификации без того, чтобы тем самым не изменить закона? Такие расхождения

---

[1] *Dr. Cheshire*, p. 28, справедливо обращает внимание на «несовершенное состояние эрудиции в настоящее время».

[2] Французский гражданский кодекс, ст. 968, итальянский гражданский кодекс, ст. 761.

[3] *Diena*, Principî, II, 215; *Rabel*, loc. cit., 49.

в квалификациях по своему характеру не означали расхождения в толковании законов, а различие самих законов.

144. Квалификация нормы в соответствии с правовой системой, к которой она относится.

3. По этой причине предпочтительнее исходить из того, что каждая правовая норма получает свою квалификацию от той правовой системы, к которой она относится. Французское право квалифицирует французские юридические нормы, итальянское право—итальянские нормы, и английский суд, исследуя применимость французских норм, должен будет принимать во внимание французскую квалификацию. Английская норма коллизионного права может, конечно, положительно или предположительно запретить суду принимать иностранную квалификацию. Такое исключение может основываться, например, на принципах справедливости или морали[1]. Но это будет редким исключением. Исследовать применимость иностранного права без обращения к его квалификации—значит, не рассматривать иностранное право таким, как оно есть. Бартен и его последователи закрывают глаза перед подлинными портретами и удовлетворяются коллекцией каррикатур.

Предлагаемая здесь точка зрения[2], возможно, нашла бы больше приверженцев, если бы она не подвергалась постоянной критике в отношении того порочного круга, которым она якобы

[1] Дело Ogden v. Ogden (1908), P. 46, может быть объяснено в таком аспекте; суд мог считать, что будет несправедливо признать ничтожным брак, заключенный на английской земле, и что он мог бы быть действительным согласно английскому внутреннему материальному праву.

[2] Эту точку зрения приняли *Despagnet*, *Valéry* (p. 500, № 2), *Surville* (p. 19, № 3), *Neuner* и другие. Чешайр и Робертсон придерживаются середины между этим взглядом и доктриной *lex fori*. Они проводят различие между «первичной» и «вторичной» квалификацией. Раньше всего общий «предмет спора» или «фактическое положение» должно быть квалифицировано как договор или правонарушение, как объект супружеской собственности или как случай наследования и так далее. Такая первичная квалификация должна производиться в соответствии с законом места судебного разбирательства (о некоторых исключениях см. *Robertson*, Characterization, pp. 75, 76). После того, как *lex fori* окончательно решил, что проблема представляет собой, например, случай из области супружеской собственности, коллизионная норма места судебного разбирательства укажет подлежащий применению закон: например, французский закон как закон первого супружеского домицилия умершего. Затем приступают ко вторичной квалификации, задача которой заключается в «разграничении» подлежащего применению закона, то есть в исследовании вопроса о том, «в какой мере» следует применить этот (французский) закон. Эта вторичная квалификация должна определяться *lex causae*, т. е. французским законом. Такое различие трудно оправдать. На вопросы: «применим ли французский закон?» и «в какой мере он применим?»—нужно найти ответ в одной и той же юридической норме. Возьмем следующее положение: женатый человек умирает, оставив вдову и ребенка; его первым супружеским домицилием бы-

охвачена. Если нахождение закона, который в конечном итоге должен регулировать спорный вопрос (т. е. *lex causae*)*, зависит от квалификации, как же можно производить квалификацию в соответствии с этим законом?[1] По моему мнению, эта критика не имеет под собой серьезной почвы,—она основана только на том особом методе, по которому создаются коллизионные нормы. Приведем некоторые примеры: «Последствия брака в отношении имущества супругов регулируются законом их первого супружеского домицилия». В более правильной формулировке эту норму следовало бы изложить следующим образом: «Если два лица вступили в брак друг с другом, суд должен применять все те действующие в стране их первого супружеского домицилия нормы, которые, в соответствии с действующим там правом, регулируют последствия брака в отношении имущества супругов». Равным образом, норма: «право наследования (правопреемство вследствие смерти) подчиняется закону той страны, в которой *de cuius* (умерший) был домицилирован в момент его смерти», в более правильной редакции могла бы быть выражена так: «когда кто-либо умирает, суд применяет все те действующие в его последнем домицилии нормы, которые, согласно праву этого домицилия, квалифицируются как часть права о наследовании».

Иллюстрации к этому вопросу:

145. *Иллюстрации: а) Продолжающаяся общность имущества*

Домицилированная германская чета заключила брачный договор, устанавливающий «общность всего имущества». Впоследствии супруги эмигрировали в Нидерланды, где они натурализовались. Затем муж умирает. Продолжается ли общность имущества между вдовой и единственным сыном (достигшим совершеннолетия)? Ответ—утвердительный, если применяется

ла страна X, его последним домицилием—страна Y, вдова требует некоторой доли имущества в суде страны Z. Относится ли эта претензия к области супружеской собственности или к области наследования? Допустим, что закон места суда Z квалифицирует эти факты как относящиеся к супружеской собственности и что коллизионная норма страны Z в отношении супружеской собственности отсылает к закону первого супружеского домицилия, т. е. страны X. При этой первичной квалификации применение закона страны Y полностью исключается (если я правильно понял Робертсона). Такой вывод может привести к несправедливости. Допустим, что закон страны X не предусматривает никакой доли вдовы в супружеской собственности, а закон страны Y предоставляет ей право наследования. В этом случае первичная квалификация лишила бы ее возможности претендовать на это право (в суде страны Z).

* Lex causae—то материальное право данного государства, которое определяет права и обязанности сторон в правоотношении в отличие от материального гражданского права, определяющего дееспособность и форму сделки. (*Прим. перев.*)

[1] *Cheshire*, p. 34.

германское право, и отрицательный, если этот случай регулируется голландским правом[1]. Далее, германское законодательство квалифицирует продолжение общности как часть режима супружеской собственности, голландское—как часть законодательства о родителях и детях. Как должен голландский суд квалифицировать систему продолжения общности? Согласно голландским коллизионным нормам, он должен применить германские нормы о супружеской собственности и голландские постановления, касающиеся отношений между родителями и детьми. Поскольку суд должен принять германскую квалификацию германских норм, он признает, что имеет место германское продолжение общности (имущества) и что взгляды голландского внутреннего материального права на регламентируемую этим же правом подобную систему не имеют значения.

146. б) Государство в качестве наследника или как обладающее правом на bona vacantia (свободное имущество)?

В описанном выше случае (§ 141 «в»), когда итальянское государство претендует на наследование вклада в английском банке, приводятся следующие соображения. Английский суд сначала применит английскую коллизионную норму, согласно которой наследование регулируется законом последнего домицилия,—в данном случае—итальянским законом. По итальянскому закону, это имущество не рассматривается как не имеющее наследников (выморочное), так как итальянское государство является наследником *ab intestato* (без завещания). Поэтому решение будет вынесено в пользу истца. Если бы это имущество считалось выморочным согласно закону последнего домицилия, если бы, например, покойный был домицилированным австрийцем или турком, решение было бы иное. Таковы были обстоятельства по делу Barnett's Trust[2] и The Estate of Musurus[3].

147. в) Влияние брака на завещание

Германский гражданин, домицилированный в Германии, составляет завещание; впоследствии он женится, и супруги заключают договор, предусматривающий раздельность имущества. Спустя несколько лет супруги эмигрируют в Англию; там они натурализуются и приобретают домицилий. Муж умирает, и его вдова доказывает, что его завещание либо стало недействительным согласно английскому закону вследствие последующего брака завещателя[4], либо же что оно стало

---

[1] Голландская система продолжающейся общности имущества супругов предполагает несовершеннолетие детей; ст. 182, Burgerl. Wetboek.
[2] (1902) 1 Ch. 847.
[3] (1936) 2 A. E. R. 1666.
[4] Wills Act, 1837 (7 Will. IV and I Vict. c. 26) s. 18.

оспоримым по германскому закону, так как оно обходит лицо (т. е. вдову), имеющее право на «обязательную долю», причем этот правовой титул возник после даты составления завещания[1]. Если вдова предъявит иск в английском, германском или во французском суде, решение будет одно и то же. Английская норма, по которой завещание считается отмененным в случае вступления в брак завещателя, в английском праве квалифицируется как норма семейного права[2]. Согласно коллизионным нормам Англии, Германии и Франции, суд должен разрешить этот спор в соответствии с германским, а не английским семейным правом; следовательно, приведенная выше английская норма не применяется. С другой стороны, германская норма квалифицируется германским правом как часть права, регулирующего наследование. Эта норма относится не только к браку,—она применяется также и в тех случаях, когда дело касается сына, родившегося после совершения завещания. Согласно коллизионным нормам всех перечисленных выше стран, наследование регулируется личным законом завещателя в момент его смерти, т. е. английским, а не германским законом. Таким образом, германская норма также не применяется. Завещание, следовательно, остается в силе[3]. Если бы Бартен был прав, английский суд должен был бы квалифицировать германскую норму в соответствии с *lex fori*, как часть семейного права, что было бы равносильно фальсификации этого права. Германский суд, наоборот, рассматривал бы английскую норму (в противоположность решению по делу Martin)[4] как часть завещательного права и, таким образом, признал бы завещание недействительным. Трудно гадать, как поступил бы французский суд, так как во французском внутреннем материальном гражданском праве нет постановления, которое соответствовало бы германской или английской норме.

---

[1] Германский гражданский кодекс, § 2079.

[2] In re Martin (1900) P. 211, 240 (per Vaughan Williams, L. J.).

[3] Здравое ли это решение? Полагают, что это так. Нет никаких оснований для применения (довольно неожиданной) английской нормы в отношении чисто германского брака, заключенного в Германии между немцами. Почему должен такой брак влиять на действительность завещания? Допустим, например, что жена умерла до того, как ее муж эмигрировал в Англию. В этом случае завещание, несомненно, было бы действительным по германскому закону. Оспоримость завещания по германскому закону зависит от того обстоятельства, что в момент смерти завещателя его жена еще была в живых (и еще состояла в браке с ним). Но в то время супруги находились в сфере действия английского права, согласно которому завещатель располагал полной свободой совершения завещания, независимо от интересов вдовы. Можно эту норму критиковать как несправедливую, но поскольку закон таков, то справедливо его применять в отношении завещания лица, умершего домицилированным англичанином.

[4] (1900), P. 211, 240.

148. г) Родительское согласие на брак как вопрос «формы» или «правоспособности»

В деле Ogden v. Ogden[1] домицилированный француз женился в Англии на француженке без требуемого по закону согласия родителей. В этом случае, если бы вопрос разрешался в германском или итальянском суде, брак был бы признан ничтожным по следующим соображениям: форма заключения брака и последствия дефектности формы регулируются английским законом как *lex loci celebrationis* (законом места заключения брака); согласно английскому закону, согласие родителей относится к «форме»; при отсутствии формы брак не становится недействительным или оспоримым. Но правоспособность на вступление в брак и внутренняя действительность брака определяются личным (персональным) законом сторон, т. е. французским законом. По французскому же закону родительское согласие создает полную «правоспособность», которая при иных условиях отсутствует; отсутствие правоспособности делает брак оспоримым.

149. д) Дело Nicols v. Curlier

По делу Nicols v. Curlier[2] решение было вынесено в предлагаемом здесь смысле, а именно, с применением квалификации в соответствии с *lex causae*. Обстоятельства дела были таковы: домицилированный француз женился во Франции на француженке, не заключив договора относительно супружеского имущества. Несколько лет спустя они прибыли в Лондон и там открыли небольшой ресторан, впоследствии превратившийся в фешенебельное кафе. Муж умер домицилированным в Англии, накопив состояние в 600 тыс. ф. ст. Вдова требовала для себя доли, на которую она имела бы право по французским нормам об общности имущества супругов. Права мужа и жены в отношении их движимого имущества, согласно английской норме международного частного права, определяются:

1) при наличии брачного договора—этим договором, а в случае сомнения—законом первого домицилия супругов;

2) при отсутствии договора—законом (действительного) фактического домицилия супругов, т. е. новым домицилием, если он был изменен в течение брака[3].

Претензия вдовы законна, если принять первую альтернативу, и незаконна во втором случае. Решение, следовательно, зависело от того, можно ли основывать применение француз-

---

[1] (1908) P. 46. См. об этом решении выше, § 77, конец; § 142, конец; § 144 и ниже, § 306.

[2] (1900) A. C. 21.

[3] См. Dicey, rules 184, 186 и ниже, §§ 339, 346.

ского внутреннего права на брачном «договоре». Палата лордов ответила на этот вопрос утвердительно, следуя при этом любопытной квалификации французского права. Хотя французский кодекс проводит различие между communauté légale (общность имущества в силу закона) и communauté conventionnelle (общность, установленная по договору), французская доктрина и суды часто квалифицировали communauté légale как основанную на подразумеваемом договоре и, следовательно, как вид communauté conventionnelle[1].

150. е) Законы о ревалоризации: валютный закон или право, свойственное договору?

По обстоятельствам дела Anderson v. Equitable Assurance Society of the United States[2], ответчик по договору, подчиненному английскому праву, должен был выплатить определенную сумму германских марок. К моменту наступления срока платежа ценность марки значительно уменьшилась. Следует ли в этом случае применить германские нормы, касающиеся ревалоризации? Ответ будет утвердительный, если германские нормы о ревалоризации составляют часть германского валютного законодательства, и отрицательный, если они рассматриваются как часть германского обязательственного права. Поскольку вопрос касался исполнения английского договора путем платежа в германской валюте, необходимо было произвести выбор между этими двумя квалификациями. Апелляционный суд пытался установить, как квалифицируются ревалоризационные правила германским правом (и правильно решил, что они составляют часть германского обязательственного права). Суд не пытался квалифицировать германские нормы с точки зрения английского права; это, действительно, было бы трудно сделать, так как в английском праве нет законов о ревалоризации[3].

151. Трудности и неопределенность квалификации

III. По этим соображениям указывалось, что иностранную норму следует квалифицировать, исходя из всей иностранной правовой системы в целом. Эта задача легко выполнима в тех случаях, когда современные кодексы установили законченную систему или когда аналитическая юриспруденция достигла такой степени развития, что она облегчает квалификацию. Труднее квалифицировать английские юридические нормы

[1] Это очень существенно в отношении ст. 1395 гражданского кодекса, согласно которой брачные соглашения не могут ни в чем изменяться после совершения брака. См., однако, ниже, § 338, в конце.

[2] (1926) 134 L. T (C. A.) 557, 566.

[3] *F. A. Mann*, The Legal Aspect of Money (1938), p. 205, note I.

в соответствии с английским правом, так как английский образ мышления не благоприятствует установлению законченной системы общих понятий и отведению в ней определенного места для каждой нормы. Сомнения возникают главным образом тогда, когда мы пытаемся квалифицировать нормы институтов, не известных континентальному праву,—таких, как доверительная собственность (trusts), и других подобных институтов[11]. Должно ли, например, право *cestui que trust* (бенефицианта) квалифицироваться как *ius in personam* или как *ius in rem?* Ханбэри, вероятно, прав, характеризуя право бенефицианта как гибридное понятие, занимающее середину между указанными двумя юридическими понятиями[1]: *ius in personam* и *ius in rem.* Но указанная квалификация не полезна и не стремится быть полезной для целей квалификации в области международного частного права.

Конечной целью квалификации является определение коллизионной нормы суда, к которой относится данная норма иностранного внутреннего права. Иногда случается, что уже найденная иностранная квалификация оказывается мало полезной для указанной цели. Существует, например, английская коллизионная норма, по которой наследование недвижимого имущества регулируется законом места его нахождения, а наследование движимости—законом домицилия. Является ли долг, обеспеченный закладной или «ипотекой» на германский земельный участок, движимым или недвижимым имуществом? Германский гражданский кодекс, трактуя о супружеском режиме общности движимого имущества, квалифицирует ипотеки, а также и обеспеченные ими долги как движимое имущество в смысле германской системы общности[2]. Но было бы неразумно квалификацию, установленную для такой ограниченной цели, автоматически переносить в область международного частного права[3].

Если суд не находит в иностранном праве подходящей квалификации, как, например, в приведенном выше случае с германскими ипотеками, пробел должен быть восполнен обычным путем, а именно, отыскиванием аналогий, исследованием решений этого вопроса, предлагаемых родственными правовыми системами, и, наконец обращением к праву места суда.

152. *Абсурдные результаты*

Иногда квалификация, подысканная судьей в иностранном праве, приводит к абсурдным результатам, если ее применить механически. Известный пример такого положения пред-

---

[1] *Hanbury*, Essays in Equity, p. 27.
[2] Германский гражданский кодекс, § 1551, разд. 2.
[3] См. *Wengler*, Rabel's Z, 8 (1934), 183, 184.

ставляет собой одно из решений германского верховного суда от 1882 г.[1]. Истец, предъявивший иск в германском суде, требовал присуждения платежа по простому векселю, выписанному ответчиком в Теннеси и подчиненному законодательству этого штата. По закону Теннеси требование по вексельному долгу не может быть предметом взыскания по истечении шести лет; если применить германский закон, срок давности исчисляется в три года[2]. Американское, как и английское, право квалифицирует нормы, касающиеся исковой давности, как нормы процессуального права; германское право, как и все прочие континентальные системы, рассматривает их как нормы материального права. Процесс определяется законом места суда (*lex fori*); материальные права—законом, свойственным данному договору. Германский верховный суд правильно квалифицировал германскую норму о сроке давности как норму материального права и, следовательно, неприменимую в данном случае. С другой стороны, верховный суд (правильно) руководствовался теннесийской квалификацией американской нормы о сроке давности, но отсюда пришел к заключению, что ответчику не разрешается в германском суде приводить в качестве доказательства процессуальную норму иностранного права и поэтому вынес решение в пользу истца. Ошибочность этого вызывающего удивление неудовлетворительного решения[3] заключалась в том, что суд неправильно понял квалификацию теннесийской нормы. Когда американское или английское право квалифицирует норму как «процессуальную», это означает, что данная норма должна применяться по всем делам, возбужденным в американском или английском суде, и что отличающиеся от нее нормы любой иностранной правовой системы следует оставлять без внимания[4]. Но это не препятствует иностранному суду применять эту норму. Английские суды употребляют выражение «процесс» в более широком смысле, чем это имеет в виду французское, итальянское и германское право, говоря о procédure, procedura, procedimento, Prozess. Право на предъявление иска в суде по континентальной терминологии, в противоположность английской, представляет собой не часть, а основу процесса. Всюду именно это право на иск, а не предъявление иска в суде, подвержено действию исковой давности.

---

[1] Offic. Collect., 7, 21 et seq.

[2] В данном случае с момента наступления срока платежа по векселю, повидимому, прошло больше шести лет.

[3] Позднейшие решения отказались от принципа, на котором основывалось решение 1882 г. См., в частности, решение 1934 г., Offic. Collec. 145, pp. 121, 128 et seq., которое разрешило, однако, спор, руководствуясь доктриной lex fori.

[4] British Linen Co. v. Drummond (1830) 10 Ba d. C. 903. Huber v. Steiner (1835), 2 Bing. N. C., 202.

Если такой факт, как прекращение права на иск и вынесение вследствие этого решения в пользу ответчика, считать процессуальным моментом, то это свидетельствует либо об ошибочности рассуждения [1], либо об употреблении термина «процесс» в значении, отличающемся от континентальной терминологии. Отсюда следует, что континентальный суд должен не просто переводить английский термин тождественным континентальным термином, употребляемым в более узком смысле.

153. Пробелы в коллизионных нормах

IV. Иногда затруднение, с которым суд сталкивается, заключается не в отыскании соответствующей квалификации в иностранном праве, а в пробеле, имеющемся в его национальны коллизионных нормах. В таких случаях суд восполняет пробел, прибегая к аналогии.

Примеры: а) Ребенок был узаконен путем признания отцовства или путем усыновления по калифорнийскому закону. Отец, признавший ребенка своим, или собственно усыновитель в момент рождения ребенка был домицилирован в Англии, а в момент узаконения или усыновления—в Калифорнии. Английский суд, в котором эти факты были установлены, не встретил никаких затруднений при квалификации норм, относящихся к узаконению через признание или к усыновлению, как по калифорнийскому, так и по английскому праву. Но в английском международном частном праве нет нормы, определяющей, каким законом регулируется такое узаконение или усыновление. Недавно апелляционный суд применил к случаю узаконения через признание норму, аналогичную коллизионной норме об узаконении через последующий брак [2]. Он, однако, еще не установил, какой закон применяется в случае усыновления [3]. Такого рода пробелы нередко встречаются в английском международном частном праве. Неполнота этой области права будет восполняться очень медленно, потому что английские суды обладают своего рода монополией на разрешение до сих пор неразрешенных вопросов. Такие пробелы реже встречаются в континентальных правовых системах, где правовые проблемы, еще не получившие своего разрешения в судебных органах, постоянно обсуждаются значительным числом юристов и где обнаружение непредвиденного пробела в законе почти вызывает упрек по адресу правовой науки в том, что проблема не была

---

[1] Это происходит, когда процесс (или «практика») определяется как «форма судопроизводства, в результате которого право приводится в исполнение в принудительном порядке». Poyser v. Minors (1881) 7 Q. B. D. 329, 333 (per Lush, L. J.).

[2] In re Luck (1940) Ch. 864; см. дальше, § 375.

[3] *F. A. Mann*, 57 L. Q. R. (1941) 123, 124.

предусмотрена и изучена и не было найдено пути к ее разрешению.

б) Концепция *ultra vires agere* (специальной правоспособности), применяемая в праве, относящемся к компаниям, известна только английскому и американскому праву. Как должен поступить континентальный суд, сталкиваясь с этим своеобразным видом ограничения правоспособности? Английская квалификация этой нормы не представляет затруднений, но ни один из видов «правоспособности», известных континентальным коллизионным нормам, здесь не подходит: ни правоспособность, ни дееспособность (Rechtsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit, capacité d'exercice), ни способность создавать обязательства совершением деликта. Ограничение, налагаемое на второй из указанных видов, больше всего приближается к английскому ограничению, хотя они различаются по существу. Поэтому казалось бы правильным применить по аналогии коллизионные нормы, относящиеся к дееспособности.

154. Регулирование в случае необходимости принять во внимание несколько правовых систем

V. Изложенные выше взгляды показывают, что один и тот же фактический состав дела часто должен рассматриваться с точки зрения более чем одной правовой системы. В этом нет ничего удивительного. Совершенно независимо от поисков квалификации, в международном частном праве нередко возникает необходимость обращения к нескольким правовым системам. Может случиться, что совпадение двух правовых систем влечет за собой применение любой из них или же, наоборот, приводит к выводу, что ни одна из них не может быть применена. В первом случае мы имеем совокупность (кумуляцию) применимых норм, во втором—пробел.

155. Случаи кумуляции

Примеры: а) Ответчик, домицилированный англичанин, дал истице—англичанке обещание жениться. Впоследствии он уезжает из Англии и устанавливает свой домицилий в Париже; она следует за ним. Тем временем в Париже он нарушает свое обещание и женится на другой женщине. Затем он возвращается в Англию, где истица предъявляет к нему иск. Вопрос заключается не в том, должен ли ее иск квалифицироваться как основанный на договоре или как иск из правонарушения. Она может основывать свой иск на английском праве, т. е. на нарушении английского договора, а также и на французском праве, т. е. на деликте (правонарушении),—при условии, что поведение ответчика, с точки зрения французского закона, представляет собой деликт.

Однако второе основание будет для нее совершенно бесполезно в английском суде, ибо, если она проиграет дело по первому основанию, например, если ответчику было только двадцать лет, когда он дал обещание жениться на ней, его действие, хотя и создающее правонарушение в месте его совершения, не дало бы ей права на предъявление иска из правонарушения в английском суде[1]. Если бы она предъявила иск во французском суде, она могла бы сослаться на деликт (если действие ответчика представляет собой деликт), но не за нарушение договора, так как было бы противно французскому публичному порядку при любых обстоятельствах рассматривать обещание вступить в брак как юридически обязывающий договор и, таким образом, подвергнуть опасности «свободу соглашения».

б) Шведская чета при совершении брака заключила соглашение, по которому имущественные отношения супругов подчинялись (семейному) режиму, предусмотренному действующим семейным правом. Этот режим представляет собой систему раздельного имущества с двумя особенностями: 1) каждый из супругов при управлении лично ему (или ей) принадлежащим имуществом должен получать согласие другой стороны на совершение определенных действий; 2) в случае расторжения брака вследствие развода или смерти имущество обоих супругов становится общим между ними обоими или между пережившим супругом и наследниками умершего. Переживший супруг получает половину этого общего имущества не в качестве наследника, а как сособственник в силу установленного законом семейного режима. Если ранее умерший супруг не оставил завещания и после него остается нисходящее потомство, переживший супруг не имеет никакого права «наследования». Допустим, что спустя несколько лет после брака эта шведская чета переезжает в Швейцарию и там домицилируется и что муж затем умирает без завещания, оставив значительное движимое имущество, большая часть которого депонирована в английском банке, в то время как его жена осталась без всяких средств. Вдова предъявляет иск в английском суде. Проблема заключается не в том, следует ли квалифицировать ее претензию как основанную на общей собственности супругов (семейной собственности) или на праве наследования. Она обладает правами по обоим этим основаниям. Согласно шведскому семейному праву, она приобрела право на половину имеющегося и будущего имущества своего супруга и, следовательно, является сособственницей всего, что он оста-

---

[1] См. The Halley (1868) L. R. 2 P. C. 193; Phillips v. Eyre (1870) L. R. 6, Q. B. 1.

вил. Открывшееся для наследования имущество состоит только из второй половины[1]. Порядок наследования этого имущества, согласно английскому международному частному праву, должен определяться швейцарским правом, по которому вдове предоставляется, по ее выбору, либо право собственности на четверть, либо узуфрукт на половину той доли имущества, которая открыта для наследования. То обстоятельство, что по шведскому закону она ничего не может наследовать, не имеет значения, так как шведский закон не предоставляет ей половину супружеского имущества в качестве возмещения за несуществующее право наследования. *Ab intestato* (при отсутствии завещания) она находится в таком же положении, как если бы умерший по завещанию предоставил ей все те права, которые швейцарский гражданский кодекс предоставляет ей без завещания.

156. Случаи пробела (vacuum)

Разрешение этих случаев, повидимому, сопряжено с большими затруднениями.

а) Обещание вступить в брак состоялось в Париже между двумя домицилированными французскими сторонами. Впоследствии обе стороны домицилировались в Англии; ответчик нарушил обещание, женившись там же на другой женщине. Истица предъявила иск в английском суде. Поскольку обещание вступить в брак не регулировалось английским правом, оно не носило характера договора; английские нормы о нарушении договора в данном случае неприменимы, так как они предполагают наличие действительного договора. Неприменимы также французские нормы о деликте, поскольку деликт в том смысле, как его понимает французское право, был совершен только в Англии; если бы эти нормы даже и должны были применяться во Франции, то они неприменимы в Англии в силу нормы, установленной по делу The Halley[2]. Поэтому следует ожидать, что английский суд вынесет решение в пользу ответчика, если только обстоятельства не позволят предположить, что после своего прибытия в Англию стороны своим поведением заключили новый, подразумеваемый, договор о вступлении в брак. Такой результат нельзя считать неудовлетворительным, по крайней мере не в большей степени неудовлетворительным, чем когда в чисто английском случае нарушения обещания такое обещание оказывается юридически недействительным[3].

---

[1] За исключением определенных личных вещей.

[2] (1868) L. R. 2, P. C. 193.

[3] Об обещании, данном несовершеннолетним, и о последствиях последующей ратификации, с одной стороны, и о новом обещании, с другой — см. Infants Relief Act, 1874 (37 and 38 Vict. c. 62) s. 2; Coxhead v. Mullis (1878) 3 C. P. D. 439; Ditcham v. Worrall (1880) 5 C. P. D. 410.

б) Домицилированная швейцарская чета, заключившая брачный договор, предусматривавший раздельность имущества[1], окончательно домицилировалась и натурализовалась в Швеции; там муж умирает без завещания, оставив ребенка. Его личное имущество состоит главным образом из крупного вклада в Английском банке. Его вдова не может претендовать на предусмотренную швейцарским правом одну четвертую долю в наследстве, поскольку швейцарское наследственное право здесь не применяется. Имеет ли она право на предусмотренную шведским законодательством половину объединенного имущества? С первого взгляда может казаться, что она этого права не имеет, так как эта половина предусмотрена шведской системой супружеского имущества, которая к этой чете неприменима. С другой стороны, согласно шведскому закону о наследовании, она также не имеет никакого права на какую бы то ни было часть имущества. Таким образом, она, повидимому, ничего не получит. Этот неудовлетворительный результат может быть исправлен разумным истолкованием шведского внутреннего права. Вдова—шведка—не имеет права наследования, так как закон исходит из того, что она получает удовлетворение за счет половины объединенного имущества супругов. Но когда эта гарантия отпадает вследствие невозможности применения шведского семейного права, казалось бы разумным допустить, что шведский закон дает ей в качестве «наследственной» доли все то, что она могла бы получить из имущества супругов, если бы шведское семейное право было применимо. Другими словами, шведское право, квалифицируя норму о половинной доле как часть семейного права, включает вспомогательную квалификацию этой нормы (как относящейся к праву наследования) в тех случаях, когда вследствие неприменимости шведского семейного права вдова не имеет никакой доли в имуществе ее мужа.

в) Домицилированный англичанин умирает без завещания, оставив недвижимое имущество в Германии. Его ближайшим родственником является двоюродный брат его отца. Как по английским, так и по германским коллизионным нормам право наследования регулируется английским законом. Так как двоюродный брат отца по этому закону не пользуется правом наследования, имущество становится «выморочным» (*bona vacantia*). Английская корона, Ланкастерское герцогство и герцог Корнуэльский не имеют права «наследования», и их право на *bona vacantia*, вероятно, не распространяется на имущество, находящееся вне пределов Англии и Уэльса. Германский закон о наследовании, по которому двоюродный брат отца признается

[1] Швейцарский гражданский кодекс, ст. 241, подр. (2).

«наследником», конечно, неприменим. Согласно английским и германским коллизионным нормам, право на получение выморочного имущества регулируется нормами *lex situs*, которым в данном случае является германский внутренний закон. Применение этого закона, однако, сопряжено с некоторыми затруднениями. Римский принцип *res nullius cedunt occupanti* (бесхозяйное имущество переходит к тому, кто им завладеет) был воспринят германским правом[1]. Но так как нельзя допустить, что германский закон имел в виду предоставить на разграбление бесхозяйное имущество умершего лица,—очевидно, что в германском внутреннем праве имеется пробел, который должен быть восполнен методом аналогии. Как и в отношении товаров, сброшенных с корабля при аварии и прибитых к берегу, или по тем же правилам, по которым германское государство принимает на себя правопреемство в отношении имущества умершего германского гражданина, если нет никакого иного правопреемника, так и в данном случае германское (прусское, баварское и т. д.) государство, в географической зоне которого обнаруживается бесхозяйное имущество, должно обладать правом на его приобретение.

157. *Выводы*

Таким образом, мы приходим к выводу, что проблемы, порождаемые различиями в квалификации, не в такой мере неразрешимы, как это иногда указывается, и что они не нуждаются в беспорядочной интерпретации, порожденной доктриной *lex fori*. Действительные трудности заключаются в применении нескольких внутренних правовых систем, одновременно действующих в отношении одного и того же фактического состава дела. Однако вопросы, возникающие в этой области, не относятся к международному частному праву, а к правильному толкованию внутренних материальных юридических норм. Эти трудности не могут возникнуть, когда применяется только одна правовая система,—они появляются исключительно в тех случаях, когда предметом спора служит иностранный элемент в фактическом составе.

БИБЛИОГРАФИЯ

F. Kahn, в Jhering's Jahrb., 1891, I (перепечатано в Abhandlungen, I. 92). *E. Bartin*, J. Clunet, 1897, 225, 466, 720; Etudes de droit int. pr.I.; Principes, I, 221; 31 Rec. (1930, I) 565. *Despagnet*, J. Clunet, 1898, 253. *Lorenzen*, 20 Columb. L. R. (1920) 247; 50 Yale L. J. (1941), 743. *Rabel* в его Z., 5, 241. *Lea Meriggi*, 28 Rev. Darras (1933). 201. *W. E. Beckett*. [The question of classification, Brit. Y. B. 1934, 46. *Cheshire*, p. 30 et seq. *J. D. Falconbridge*, Canadian Bar Rev., 1937, 215; 1939, 373; 53 L. Q. R. 235, 557. *A. H. Robertson*, 52, Harvard L. R., 1929, 747. *Robertson*, Charac-

[1] § 958 германского гражданского кодекса.

terization in the Conflict of Laws (1940). (См. *Cheatham*, 55 Harvard L. R. 164.) *Cheatham*, 21 Cornell L. Q. R. (1936), 570. *W. W. Cook*, 51 Yale L. J. (1941), 191. *Neuner*, Der Sinn der internat.—privatrechtl. Norm., 1932. (См. об этом Lewald, Jur. W., 1932, 2253.) *J. Unger*, 19 Bell Yard (1937) 3. *Maury*, 57, Rec. (1936, III) 508. *Reyan Hakki*, Les conflicts de qualifications, 1934. *W. Niederer*, Die Frage der Qualification, *Zürich*, 1940. (См. *Gutzwiller*, Schweiz. Juristenzeit. 37, 143.) *Wigny*, Rev. Crit., 1936, 392. *Niboyet*, Le problème d. qualifications sur le terrain d. traités diplom., Rev. crit., 1935, I.

ВОЗРАЖЕНИЯ ПРОТИВ ПРИМЕНЕНИЯ ИНОСТРАННОГО ПРАВА

158. Доктрина Савиньи

I. В определенных случаях признание обычно применяемой иностранной юридической нормы исключается по особым соображениям. Такая исключительная неприменимость имеет место в тех случаях, когда применение данной иностранной нормы могло бы привести к последствиям, не совместимым с каким-нибудь основным принципом права суда. Ни одна страна не может в известных случаях избежать такого отклонения от своих обычных коллизионных норм: например, договор, действительный «в силу свойственного ему права», но противоречащий добрым нравам (*boni mores*) в том смысле, как их понимают в Англии, не может получить силы в английских судах.

Савиньи ясно показал, что имеющиеся в любой правовой системе нормы абсолютного императивного характера (*ius cogens*) бывают двух видов[1]. Это, во-первых, те нормы, «которые вводятся только в интересах лиц, являющихся обладателями прав», например, законы, ограничивающие дееспособность вследствие возраста или пола, или законы, относящиеся к передаче имущества. Во-вторых, нормы, установленные не только в интересах отдельных лиц, но покоящиеся на моральных основаниях или на «публичном интересе» (*publica utilitas*), независимо от того, относятся ли эти нормы «к политике, благоустройству или к политической экономии». Что касается норм первой группы, то хотя их действие и не может быть парализовано договором (*ius cogens privatorum pactis mutari non potest*—принудительные нормы не могут подвергаться изменению путем заключения частного соглашения), они становятся неприменимыми, когда данный случай, согласно международному частному праву, регулируется иностранной правовой системой. С другой стороны, имеется в виду, что нормы, относящиеся ко второй группе, применимы при всех обстоятельствах даже и в тех случаях, когда они неизвестны

---

[1] *Savigny*, System d. röm. R. VIII, 35.

той иностранной системе, которая подлежит применению, или когда эта система допускает «свободную сферу для индивидуальной воли».

159. «Внутренний» и международный публичный порядок

Один швейцарский юрист[1] дал этим двум категориям принудительных норм наименования, могущие в некоторой степени ввести в заблуждение, и многие французские авторы восприняли эти наименования. Первую группу он назвал lois d'ordre public interne (законы внутреннего публичного порядка), а вторую—lois d'ordre public international (нормы международного публичного порядка). Он хотел этим указать, что нормы первой группы применимы только в тех случаях, когда применяется внутреннее право суда, тогда как вторая группа повелительно требует своего применения даже в области международного частного права данной страны[2]. Термин «ordre public international» выражает мысль, «почти противоположную тому, что имелось в виду сказать» (Бартен), так как этот термин имеет в виду национальный публичный порядок (ordre public national), действующий в международной сфере[3].

Савиньи, кроме того, указывает еще на одну группу исключительных случаев, в которых применение иностранного права недопустимо. Эти случаи относятся к иностранным «правовым институтам, существование которых вовсе не признается нашим правом и которые, следовательно, не могут претендовать на защиту со стороны наших судов». В качестве примеров он приводит гражданскую смерть, которая в то время была известна французскому и русскому праву, и рабство.

160. Манчини и его влияние

Взгляды Савиньи оказали известное влияние на английское и германское право. Обе эти системы придерживались той концепции, что исключение применения иностранного

---

[1] *Brocher*, Nouveau traité, 1876, N 141. См. *A. Weiss*, Traité, III, 94; *Despagnet*, p. 362 и др. Против: *Niboyet*, p. 548, *Bartin*, 1, 269.

[2] Для того чтобы понять эту поразительную терминологию, следует рассмотреть ст. 6 французского гражданского кодекса: нельзя нарушать частными соглашениями законы, затрагивающие публичный порядок. Здесь, понятно, имеются в виду только принудительные нормы, действующие в области внутреннего права, ius cogens (см. также ст. 1133 гражданского кодекса). Но все же верно, что некоторые из этих норм действуют не только в отношении частных договоров, но также и в отношении иностранных законов.

[3] Надлежащим термином был бы «ordre public externe» (внешний публичный порядок).

права является исключением из руководящих принципов международного частного права.

В этом отношении Манчини и его приверженцы расходятся с Савиньи; они рассматривают нормы, исключающие применение иностранного права, не как аномалию, а как положение, вытекающее из принципов международного частного права[1]. Их мнение в значительной мере способствовало достойному сожаления расширению сферы исключения применения иностранного права[2] и тем самым усилило опасность того, что суды станут рассматривать законы, отличающиеся от принудительных норм страны места суда, как несовместимые с публичным порядком, и станут отвергать их по этому основанию. Французские суды в особенности заходят далеко в распространении применения принципа публичного порядка. По делам о разводе, подчиняющимся иностранному праву, они не выносят решений о разводе по какому-либо основанию, не известному французскому праву[3]. Если домицилированный англичанин женится на англичанке—матери его внебрачного ребенка, они применяли французскую норму об узаконении через последующий брак, хотя английское право в то время не допускало никакого узаконения[4]. И наоборот: узаконение ребенка, рожденного в прелюбодеянии, во Франции не признается, даже если по личному закону родителей и ребенка, например, по германскому праву, прелюбодеяние между родителями не препятствует узаконению через последующий брак[5]. Французское право не признает ипотеки (т. е. залога без передачи владения) на движимое имущество, даже если такая ипотека создана за границей в соответствии с законом местонахождения имущества[6]. Французский верховный суд также исключает применение иностранной нормы, отказывая отцу и ребенку в праве

---

[1] См. выше, § 33.

[2] Выраженная Савиньи надежда (VIII, 38) на то, что «следует ожидать, что количество этих исключительных случаев постепенно будет уменьшаться по мере естественного развития правового сознания наций», оказалась слишком оптимистической. Современный близорукий национализм, наоборот, значительно расширил количество этих «исключительных норм» и, таким образом, серьезно ослабил ценность международного частного права как совокупности норм, направленных к международному регулированию.

[3] *Niboyet*, Manuel, No. 638.

[4] Ibid., No. 648. *Bartin*, Principes, 1, 243, note 2.

[5] Paris, Appeal Court, *J. Clunet*, 1927, p. 77. См. *Mann*, 57, L. Q. R. (1941) 14, note 6. Английское право не разделяет этого взгляда, s. 1, subs. (2) u s. 8, Legitimacy Act, 1926 (16 and 17 Geo. V. c. 60). См. In re Askew (1930) 2 Ch. 259, и *Morris*, Cases on Priv. Int. L., 207.

[6] *Niboyet*, loc. cit. No 452. См. гражданский кодекс, ст. 2119: «в силу ипотеки не устанавливается вещного права на движимости при переходе их в другие руки».

требования содержания друг от друга[1]. В тот период, когда французский закон не разрешал внебрачному ребенку требовать признания от его фактического отца (именно, до 1912 г.), французские суды отказывали также и иностранцам-детям в праве на предъявление такого рода исков против их отцов-иностранцев; начиная с 1912 г. отыскивание отцовства (recherche de la paternité) допускалось только в пределах новой ст. 340[2]. Итальянские суды, но не итальянская доктрина, также восприняли концепцию об ordine pubblico internazionale в том широком ее смысле, в каком ее поддерживали французские суды.

161. Германские постановления

Германское право сохранило руководящую идею Савиньи о том, что возражение против применения иностранного права должно допускаться только в виде исключения, но германские суды допускают такие исключения в значительно большей мере, чем это рекомендовал Савиньи. Следующие два момента в германской норме о публичном порядке являются наиболее характерными:

1) Германский закон различает иностранные нормы, которые в случае их применения порождают последствия, противные «добрым нравам», и нормы, хотя и не вызывающие возражений сами по себе (per se), но могущие породить последствия, не совместимые с «целью, которую преследует германская юридическая норма»[3]. В первом случае «ударение»[4] делается на отрицательных качествах иностранной нормы; во втором— на императивном характере германской нормы, от которой не допускается никакого отклонения. Равным образом и в английском праве эта проблема может возникать в указанных двух формах[5]. Различие не имеет большого практического значения.

2) Даже те иностранные нормы, которые сами по себе, с точки зрения европейской цивилизации, могут встретить возражения, все же могут применяться, если при данных конкретных обстоятельствах их применение приводит к послед-

---

[1] *J. Clunet*, 1922, p. 155.

[2] *Niboyet*, loc. cit., p. 761, 2°. Ст. 340 в настоящее время разрешает объявление судебным решением отцовства только в случаях бегства, похищения, обольщения, совершенного с помощью обманных действий, злоупотребления властью или обещания брака; кроме того, в случае явного сожительства или если отец в письменной форме прямо (*non equivoque*) признал свое отцовство, или если он заботился о содержании и воспитании ребенка в качестве его отца.

[3] Ст. 30 Вводного закона к гражданскому кодексу.

[4] *Zitelmann*, I, 326.

[5] *Cheshire*, p. 140.

ствиям, не вызывающим каких-либо возражений[1]. Хотя полигамический брак, законно заключенный в Индии, не может быть признан в Европе, но не будет нарушением основных европейских принципов признание законнорожденности всех детей, рожденных от различных жен, или разрешение этим детям наследовать их отцу, умершему без завещания[2]. Не дело судов любой страны критиковать иностранные нормы как таковые; для них достаточно критически исследовать последствия применения иностранного права в данном отдельном случае.

162. Исключение применения иностранного публичного права

II. Иногда доктриной «публичного порядка» пользовались для объяснения исключения применения иностранного публичного права. Такое использование этой доктрины едва ли может быть оправдано. Верно, что ни одно государство не будет склонно принуждать к исполнению иностранного конституционного или административного закона, в частности, закона о налогах, или иностранного уголовного или процессуального права. Но причину этого следует искать не в собственном «публичном порядке» данного государства, а в том, что эти отрасли права имеют или, в соответствии с международным правом, должны были бы иметь строго территориальный характер, так как, вообще говоря, в задачи одного суверенного государства не входит защита интересов другого суверенного государства как такового.

В области международного частного права исключение применения иностранного публичного права проявляется в следующем:

163. Уголовное право

1) Иностранное уголовное право неприменимо[3]. Это правило означает не только то, что суды не могут осуждать за уголовный проступок, связанный с нарушением иностранной уголовной нормы, но подразумевает также, что они откажут в принудительном исполнении иностранных приговоров, вынесенных по уголовным делам[4]. Таким образом, иск об уплате

---

[1] Эта норма (включенная в ст. 30 германского Вводного закона) была разработана задолго до составления германского кодекса. См. *Fiore*, Trattato, 1, 257. *von Bar*, 1, 128 и др.

[2] Английское право еще не разрешило этого вопроса. См. об этом *Beckett*, 48 L. Q. R. 341; *Cheshire*, pp. 318, 380.

[3] По американскому делу The Antelope (цитированному в решении по делу Huntington v. Attrill (1893), A. C. (P. C.) 150, 156) судья Маршалл установил норму: «Ни в одной стране суды не применяют уголовных законов другой страны». См. Banco de Vizcaja v. Don Alfonso de Borbon v Austria (1935) I K. B. 140, 144[21].

[4] Huntington v. Attrill, loc cit., Raulin v. Fischer (1911). 2 K. B. 93.

денежного штрафа, наложенного иностранным судом, не может быть предъявлен в английском суде. Уголовное право в строгом смысле слова означает право, налагающее наказание за преступления против общества (государства, нации, городской общины и т. д.) или его представителей (правительства). Когда наказание заключается в штрафе, цель, для которой предназначаются деньги, не создает различия для характеристики природы нормы, на основании которой этот штраф наложен; она является карательной, независимо от того, поступают ли деньги государству, или государственному должностному лицу (чиновнику), или заявителю, или даже, если часть денег выплачивается частному лицу, пострадавшему от преступления. Однако частные штрафы,—например, удвоенная сумма претензии в случае неправильного отрицания долга должником[1],—не носят уголовного характера[2], и пеня, подлежащая уплате в случае неисполнения договора и установленная договаривающимися сторонами, может быть признана действительной английским судом и взыскана в принудительном порядке, согласно иностранному закону, даже если такая пеня считается недействительной по английскому внутреннему материальному гражданскому праву[3]. Когда речь идет о таком преступлении, как супружеская измена, наказание может заключаться в запрещении вступить в брак после развода: так, например, швейцарский закон запрещает виновной стороне вступить в новый брак в течение определенного периода[4], а закон Капской колонии запрещает второй брак до тех пор, пока пострадавшая сторона не вступит в брак. Ни одна из этих норм не рассматривается как применимая за границей[5]. Английское право придало термину «уголовный» очень широкое значение. Конфискация имущества испанского экс-короля

---

[1] Римское право: *«lis in itiatione crescit in duplum»* (отрицаемая претензия возрастает вдвое). Dig. 9, 2, 2, 1, Inst. IV, 6, 19, 23, 26.

[2] См. Huntington v. Attrill, loc. cit., p. 157, 159. Против: многие американские решения. См. *Goodrich*, pp. 13, 14.

[3] Law v. Local Board of Redditch (1892) I. Q. B. 127, 133; Wall v. Rederiaktiebolaget Luggude (1915) 3 K. B. 66, 72.

[4] Швейцарский гражданский кодекс, ст. 150. См. решение берлинского апелляционного суда в Rabel's Z. I. P. Rechtspr. 1932, S. 179.

[5] Scott v. Att. Gen. (1886) II P. D. 128; *van Leeuwen*, Commentaries on Rom.—Dutch Law (2nd ed., 1921) I. 117. См. Warter v. Warter (1890) 15 P. D. 152, 155. Спрашивается: имеет ли действительно эта римско-голландская норма уголовный (карательный) характер? Так называемый развод (с точки зрения этого права) представляет собой нечто среднее между настоящим разводом (т. е. расторжением всех уз) и судебным разлучением; это—судебное разлучение, дающее невиновной стороне право вступать в новый брак. До тех пор, пока она не воспользуется этим правом, ее первый брак расторгнут quoad vinculum (как узы).

Альфонса во время испанской революции была квалифицирована как карательная мера[1] [21]. То же имело место в отношении французского закона 1901 г., касающегося ассоциаций, поскольку он ограничивал права религиозных конгрегаций и предписывал ликвидацию имущества неразрешенных религиозных обществ[2]. Статус осужденного расточителя[3] и, вообще говоря, любой личный статус, не известный английскому праву, рассматривается как «уголовный»* или, по крайней мере, игнорируется, как если бы он был уголовным[4]. Примерами могут служить: рабство, гражданская смерть, бесчестие, полигамический брак и все виды ограничений право- и дееспособности по религиозным, расовым или кастовым основаниям. Английский суд, следовательно, не признает препятствий к браку, основанных на *disparitus cultas* (различии культов) или *mixto religio* и разработанных каноническим правом. Он также (вероятно) отказался бы применять так называемые нюрнбергские законы германского «национал-социалистского» правительства[5], запрещавшие евреям-мужчинам нанимать в качестве домашних слуг немок-ариек в возрасте моложе тридцати пяти лет и воспрещавшие браки между немцами-арийцами и евреями (любого гражданства). Ибо статусы «ариец», «еврей», «полуеврей» и «четверть-еврей», на которых эти постановления основаны, неизвестны английскому праву[6]. Следовательно, ан-

---

[1] Banco de Vizcaja v. Don Alfonso di Borbon y Austria (1935) 1 K. B. 140, 144.

[2] Lecouturier v. Rey (1910) A. C. 262, 265.

[3] Worms v. De Valdor (1880) 49 L. J. Ch. 261. In re Selot's Trust (1902) I Ch. 488.

* Под уголовным статусом (penal status) автор разумеет статус, связанный с совершением какого-либо деликта или вытекающий из факта применения к лицу репрессивной меры. (*Прим. перев.*)

[4] Едва ли можно рассматривать статус лица, живущего в полигамическом браке, или монаха, или усыновленного (до издания закона от 1926 г. об усыновлении детей) как «уголовный» статус. Во всяком случае, статус ни одного из перечисленных лиц, за исключением усыновленных после издания закона от 1926 г., в Англии не признается.

[5] От 15 сентября и 14 ноября 1935 г.

[6] Большинство стран, повидимому, отказывается применять нюрнбергские законы, как противоречащие публичному порядку, если только они сами тоже не ввели у себя запрещений браков по расовым основаниям, как это сделано в большинстве южных штатов США в отношении браков между белыми и черными. (См. Restatement, 132. *Beale*, II, 691). Затруднения, однако, возникают для Нидерландов и Швейцарии, связанных Гаагской конвенцией от 1902 г. о коллизионных нормах в отношении браков. Согласно этой конвенции (ст. 2), странам, ее подписавшим, не разрешается отвергать по соображениям публичного порядка какие бы то ни было препятствия, установленные законом гражданства супругов, за исключением только препятствий, основанных на религиозных мотивах. В некоторых решениях голландских судов нюрнбергские запреты оставлены без внимания отчасти потому, что концепция расовых разли-

глийский суд, во-первых, отказался бы объявить брак недействительным на том основании, что он противоречит этим нормам, и, во-вторых, английский регистратор, вероятно, разрешил бы брак, даже если он знал бы, что одна из сторон — еврейского, а другая — «германо-арийского» происхождения.

164. Административное право

2) Иностранное административное право территориально по своему характеру и поэтому не может быть подвергнуто принудительному исполнению в Англии. Это, в частности, относится к иностранному законодательству о государственных доходах, например о налогах[1], о местных сборах[2], о претензиях иностранных местных властей (возникающих по закону о бедных) к родственникам недостаточных лиц об участии в расходах по их содержанию и т. п. Само собой понятно, что принудительное исполнение воинских обязанностей, предписанных иностранным полицейским приказом, всецело относится к компетенции властей той иностранной территории, на которой эти обязанности возникли. Но было бы преувеличением утверждать, как это часто делалось, что всякое «применение» иностранного публичного права исключается ввиду его территориального характера. Приведем следующие примеры:

165. Действительность иностранных государственных актов

а) Часто возникает вопрос о том, был ли определенный закон иностранного государства введен в действие законным образом, в частности, совместим ли он с конституцией этого государства; например, когда иностранное правительство, бежавшее в Лондон, издает там свои указы[3]. Ответ на такого рода вопросы может быть дан только конституционным законом соответствующего иностранного государства. Английский суд должен будет исследовать конституционность иностранного

чий неизвестна голландскому праву, отчасти по мотивам голландского публичного порядка [12]. См. Rabel's Z. II (1937) 206; *Sichel*, 45 Jale L. J. 1936, 1463; *Janowski and Fogen*, International Aspects of German Racial Policies, N. York, 1937, *Foster*, Theorie anglaise, p. 129, частично отличается от *Cheshire*, 148, 149; *Schröder*, Nouv. Rev. 4, 275.

[1] Holman v. Johnson (1775) Cowp. 341, 343. Foster v. Driscoll (1929. I K. B. 470, 496, 518. Queen of Holland v. Drukker (1928) Ch. 877, 884).

[2] Municipal Council of Sydney v. Bull (1909), K. B. 12: «этот иск аналогичен иску, предъявленному в одной стране, о приведении в исполнение налоговых законов другой страны».

[3] In re Amand (1941) 2 K. B. 239, 252; Fedozzi, 27 Rec. (1929, II) 221. *F. A. Mann*, 59 L. Q. R. (1943) 53, 155.

закона такими же методами, как это сделал бы иностранный суд в соответствии с законодательством своей страны.

б) В случае заключения договора между английской компанией и иностранным государством, вопрос о правомочности данного лица действовать от имени государства разрешается иностранным административным правом.

в) Если договор страхования, согласно «свойственному ему праву», недействителен потому, что в момент его заключения страховая компания не была надлежащим образом разрешена соответствующей административной властью[1],— английский суд должен будет принять во внимание такие последствия нарушения иностранного административного права (недействительности договора).

166. *Иностранные ограничения торговли*

г) Иностранные суды должны при вынесении решений по договорам о поставке или транспортировке запрещенных товаров в страну, установившую такой запрет, принимать во внимание законы, запрещающие ввоз некоторых товаров (вина, спирта, наркотических средств). Ибо если «свойственным договору» правом является право данной страны, договор является недействительным и суд обязан признать его таковым. Но если даже договор подчиняется другому праву—*lex fori* или закону третьей страны, английское право откажет в принудительном исполнении такого договора, так как английский суд «не будет содействовать или санкционировать нарушение законов других независимых государств»[2].

В других европейских странах такого правила, повидимому, не существует. Таким образом, на континенте, вообще говоря, договоры, нарушающие иностранные импортные ограничения, будут признаваться действительными, если только не имеется особых оснований рассматривать их как противоречащие добрым нравам. Германское право, например, считает договор недействительным, если ограничение импорта вызвано соображениями общественного здравоохранения, как это имеет место при издании противоалкогольных законов; договор действителен, если закон служит целям экономической политики государства[3].

д) Аналогичная проблема возникает при установлении иностранного валютного регулирования, запрещающего вывоз

---

[1] См. решение гамбургского апелляционного суда Veröffentlichungen des Aufsichtsamts für Privatversicherung, т. VII, Annex, p. 37, No. 372 (1907).

[2] Ralli Bros. v. Compañia Naviera Sota y Aznar (1920) 2 K. B. 287, 304 (судья Скраттон); Foster v. Driscoll (1929). 1 K. B. 470.

[3] Германский верховный суд, Jur. W., 1927, 2288.

денежных средств, распоряжение банковскими депозитами иностранцев, ввоз национальных банкнот и другие сделки, могущие отрицательно воздействовать на валютный курс. Если закон, установивший такие ограничения, является «свойственным данному договору правом», эти ограничения принципиально будут применяться, но может также случиться, что в их применении будет отказано по соображениям публичного порядка[1].

167. Иностранное военное право

е) Другая известная иллюстрация применимости иностранного административного права относится к бракам военнослужащих германских вооруженных сил. Такие лица должны получать разрешение на брак от своих высших офицеров. Гаагская конвенция по международному частному праву о браке содержит норму, по которой условия брака регулируются законом гражданства сторон. Препятствует ли это французскому или бельгийскому органу, регистрирующему браки, разрешать браки немецким дезертирам, которые, конечно, не имеют такого разрешения? В Германии на этот вопрос был дан утвердительный ответ; Франция и Бельгия противятся такому взгляду[2], так как германский военный закон не имел в виду конвенции по международному частному праву. Буквальный текст конвенции поддерживал германскую точку зрения, а ее дух — французскую.

168. Нарушение иностранных норм

ж) «Территориальный характер» иностранного публичного права не освобождает нарушителя иностранной нормы в пределах иностранного государства от обязанности возмещения убытков в Англии, при условии, что по английскому закону мог бы быть предъявлен иск о причиненном ущербе, если бы такой ущерб был причинен в Англии[3]. Бывает даже, хотя и редко, что закон какой-либо страны *X* прямо устанавливает, что нарушение определенных административных правил других стран создает ответственность в стране *X*[4].

---

[1] Об этом см. дальше, § 456.

[2] Три упомянутые страны были участниками конвенции; см. выше, § 40. Франция отказалась от участия в конвенции в 1914 г., Бельгия — в 1919 г.

[3] См. дальше, § 470.

[4] Пример: германский торговый кодекс 1897 г., § 515: «Если капитан судна не соблюдает за границей действующих там правил, в частности полицейских, налоговых и таможенных законов, он должен возместить убыток, возникающий из такого несоблюдения (например, собственнику судна или фрахтовщику)». См. *Neumeyer*, Internat. Verwaltungsrecht, III. 177; IV. 193.

з) В отношении налогового права следует отметить, что английские суды, хотя прямо и не принуждают к исполнению обязательств по уплате налогов или гербовых сборов, признают недействительность письменных договоров, не оплаченных гербовым сбором в соответствии с налоговым законодательством места их совершения[1].

169. Публичный порядок. Принцип

III. Континентальная концепция «публичного порядка» (ordre public), как исключающая применение иностранного права, в Англии появляется под термином «public policy»[2]. Но здесь эта концепция играет меньшую и менее существенную роль, чем на континенте. Английские суды не решаются поднимать вопрос о том, соответствует ли какая-либо иностранная норма английским принципам справедливости или не соответствует. Судья Скраттон сформулировал это положение следующим образом: «Должно казаться серьезным нарушением международной вежливости, если в отношении государства, признанного в качестве суверенного и независимого, предполагать, что его законодательство противно существенным принципам справедливости и морали; такое утверждение может легко стать *casus belli* для задетого им правительства[3], и должно, на мой взгляд, исходить от суверена, действующего через министров, а не от судьи»[4]. Другая причина такой позиции судов кроется в том, что обычные английские коллизионные нормы дают достаточно оснований для достижения тех же результатов, какие на континенте достигают через применение неопределенного понятия публичного порядка.

---

[1] См., например, Alves v. Hodgson (1797) T. R., 241; Clegg v. Levy (1812) 3 Camp. 166; Bristow. v. Sequeville (1850) 5, Ex. 275, 279.

[2] Когда составляется два аутентичных текста государственного договора на английском и французском языках, термины «ordre public» и «public policy» употребляются как равнозначащие. Пример: Женевская конвенция об исполнении иностранных арбитражных решений 1927 г., ст. 1 (e).

[3] Оставляя в стороне очевидное преувеличение, содержащееся в этих словах, следует указать, что, когда английский суд утверждает, что данное иностранное постановление несовместимо с «существенными принципами справедливости и морали», он имеет в виду английские понятия об этих качествах и не относится к расходящимся с ним иностранным мнениям с неуважением. Суд может считать, что иностранное понятие ниже английского, но он едва ли будет возражать иностранным судьям, подчеркивающим, наоборот, свое убеждение в превосходстве их собственных понятий о справедливости и морали.

[4] По делу A. M. Luther v. Sagor and Co. (1921) 3 K. B. 532, 558, 559 [13].

170. Английские заместители принципа публичного порядка

1. Английские суды рассматривают в качестве процессуальных многие правовые институты, которые было бы правильнее рассматривать как институты материального права. Германский верховный суд ссылался на принцип публичного порядка для того, чтобы исключить применение швейцарского постановления, по которому определенные долги не погашаются исковой давностью[1]. Английское право достигает такого же результата, устанавливая, что исковая давность является процессуальным вопросом[2] и, следовательно, регулируется законом суда (*lex fori*)[3].

2. В Англии исключение применения иностранного права по соображениям публичного порядка в континентальном его понимании достигается, кроме того, еще очень широким применением понятия «уголовное право». См. об этом выше, § 163.

3. Английские нормы о юрисдикции в некоторых случаях влекут за собой неприменение иностранного материального права. Так, например, в делах о разводе английским судам не может представиться случая для вынесения решения о том, противоречит ли английскому публичному порядку какое-либо основание для развода, признанное иностранной правовой системой, но неизвестное английскому праву. По французскому закону, развод регулируется законом гражданства супругов, и если, согласно этому закону, развод допустим при обоюдном согласии супругов или вследствие умопомешательства ответчика,—французские суды вынуждены прибегнуть к концепции публичного порядка для того, чтобы исключить применение таких оснований для развода во Франции[4]. В Англии такой вопрос не возникает, так как английский суд обладает юрисдикцией в отношении развода только в том случае, если муж имеет английский домицилий[5], и в этом случае применяется исключительно английское право. Приведем другой пример: в штате Массачусетс суды не обладают юрисдикцией в отношении исков, касающихся имущественных споров между супругами даже в том случае, если (материальное, субъективное) право, принудительного осуществления которого добивается один из супругов, законно возникло в иностранном государстве. В отношении коллизионного права Соединенных Штатов Бил устанавливает общее правило, гласящее, что

---

[1] Германский верховный суд, Off. Coll., 106, 83.

[2] См. *Husserl*, Virginia L. R., November 1939, 47 et seq.

[3] О других так называемых процессуальных нормах английского права, исключающих применение иностранного права, см. дальше, §§ 218—227.

[4] *Niboyet*, Manuel, No. 638.

[5] Не считая ст. 13 Matrimonial Causes Act, 1937; см. выше, § 73.

«если закон суда не предусматривает «формы иска» («a form of action»), приспособленной для принудительного исполнения права, возникшего за границей, такой иск не может быть принят»[1]. Такое утверждение, очевидно, будет правильно и в отношении английского права, хотя «формы исков» уже отошли в прошлое[2]. Английские суды, проводя различие между субъективным правом (right) и средством защиты (remedy)[3], не создают новых средств защиты для того, чтобы удовлетворить иск, основанный на праве (right), возникшем по иностранному закону. Это положение можно иллюстрировать тремя примерами:

а) Германский суд при вынесении решения о разводе не обязательно фиксирует размер алиментов, которые, по германскому материальному праву[5], виновная в измене жена должна уплачивать невиновному мужу, не способному содержать себя самостоятельно. Допустим, что после развода обе стороны эмигрируют в Англию, где они пребывают, не основывая там домицилия, и что бывший муж хочет взыскать с бывшей жены алименты. Обладает ли английский суд юрисдикцией в этом случае? Повидимому, нет.

б) Незаконнорожденный взыскивает со своего отца, проживающего в Англии, но домицилированного в Германии, алименты, причитающиеся ему по германскому закону. Может ли английский суд принять такой иск, хотя незаконнорожденный не имел бы права на иск, если бы его отец был домицилированным англичанином?

Французское право, по соображениям публичного порядка, отказывает незаконнорожденным детям-иностранцам в каком бы то ни было праве, которого внутренний французский закон не предоставляет незаконнорожденным французам. Повидимому, такой же вывод будет правилен и в Англии, но не по мотивам публичного порядка, а потому, что суд не обладает юрисдикцией[6].

---

[1] *Beale*, III, 1631. Ср. Restatement, s. 608.

[2] По делу Fibrosa v. Fairbairn (1943) A. C. 32, 63 лорд Райт сказал: «От времени до времени теням форм исков еще разрешается вторгаться в сферу живущего и препятствовать жизненным функциям права».

[3] См. об этом (неясном) понятии дальше, § 215.

[4] In re Macartney (1921) I Ch. 522, 528 (следует американскому решению).

[5] Гражданский кодекс, § 1578, разд. 2.

[6] Или еще, быть может, потому, что внутренний английский закон о незаконнорожденных составляет главным образом часть законодательства о нищих, т. е. раздел административного права, а иностранное административное право не может приводиться в исполнение в Англии? По моему мнению, это соображение нельзя признать правильным, если только иностранное право со своей стороны также не рассматривает обя-

в) Домицилированный француз, имеющий свое местопребывание в Англии, основывает свои имущественные отношения с женой на французской системе общности имущества. По французскому закону, жена может предъявить к мужу иск о судебном разделе имущества, если ее приданому грозит опасность вследствие плохого состояния дел мужа[1]. Может ли быть предъявлен такой иск в английском суде, хотя английскому праву неизвестны иски такого рода, за исключением исков о ликвидации товариществ?[2]. Сомнительно, чтобы суд признал себя компетентным для разрешения такого дела

171. *Случаи применения оговорки о публичном порядке*

IV. Остается несколько случаев, когда применение иностранного права исключается по соображениям публичного порядка. Часто пытались найти ясное и недвусмысленное определение этого неопределенного и ненадежного понятия, но безуспешно. Германский верховный суд считал, что публичному порядку угрожает опасность, «когда различие между политическими и социальными концепциями, на которых покоится соответственно германское и иностранное право, настолько существенно, что применение иностранного права могло бы непосредственно угрожать основам германской политической и экономической жизни»[3]. Эта формула ошибочна, не считая даже того, что понятие, которое она пытается объяснить, практически остается таким же неопределенным, каким оно было раньше. Суть вопроса не может заключаться в том, на каких политических концепциях основывается иностранная норма. Она может иметь ту же основу, что и германское право, но средства, которыми должна достигаться цель, могут быть настолько различны, что применение этой иностранной нормы несовместимо с германским публичным интересом. Германский кодекс 1896 г. и французское право основаны почти на идентичных политических, социальных и экономических идеях, т. е. на концепциях социального либерализма; тем не менее французские суды не допустят, например, иска о нарушении обещания о браке, данного немцем немке на территории Германии. Английское право, во всяком случае, противится тому взгляду, что суды должны принимать во внимание публичный порядок в смысле «политического опыта или того, что является наилучшим для общего блага общества». По этому поводу было сказано

зательство отца давать содержание своему внебрачному ребенку как средство избежать того, чтобы содержание ребенка легло на приход. Этот взгляд был принят правом Соединенных Штатов (*Beale*, II. 1430).

[1] Французский гражданский кодекс, ст. 1443.

[2] См. Parthership Act, 1890 (53 and 54 Vict.. c. 39) s. 35 (b)—(f).

[3] Верховный суд, Offic Coll., 60, 300; 63, 19; 93, 183; 110, 173; 119, 259.

(по делу Egerton v. Earl Brownlow[1]): вследствие различного воспитания, привычек, талантов и характера «возможно большое разнообразие мнений лиц, призванных решать, является ли данное действие противным публичному порядку или нет. Если допустить, чтобы соображения общественного блага явились основанием для судебного решения, это могло бы привести к величайшей неопределенности и неразберихе. Делом правительства или законодателя, а не судьи, является определение того, что лучше для общественного блага». Аналогичные взгляды были высказаны во многих других решениях[2].

Поэтому дела, по которым английские суды исключают применение иностранного права, прибегая к доктрине публичного порядка, встречаются не очень часто.

Понятие публичного порядка, в частности, служит двум целям:

172. *Иностранные постановления, направленные «против добрых нравов»*

1) Суды отказывают в применении иностранного права, когда его применение может привести к нарушению добрых нравов, морали в более широкой, английской трактовке этого понятия. Такие случаи в первую очередь включают договоры, хотя и действительные, согласно «свойственному им праву», но которые рассматривались бы как незаконные или аморальные, если бы они подчинялись английскому праву. Примеры: договор с проституткой об оплате ее услуг[3]; продажа вина для потребления его в публичном доме[4]; заключенный во Франции (где он считается действительным) договор с тяжущейся стороной с правом получения части исковой суммы, относящийся к тяжбе, которая должна иметь место в Англии[5]; договор между супругами, направленный к облегчению развода, по которому муж оставляет своих детей на попечение жены[6]; договор о комиссионном вознаграждении за посредничество в браке. По известному делу Santos v. Illidge (1860)[7] был признан дей-

[1] (1853) 4 H. L. C. 1 123.

[2] Fender v. St. John-Mildmay (1938) A. C. 1, 12: «К доктрине публичного порядка следует прибегать только в очевидных случаях, в которых вред для общества по существу неоспорим и не определяется лишь идиосинкразическими заключениями немногих судейских мнений». По делу Janson v. Driefontein Consol Mines (1902) A. C. 484, 491: «Я отрицаю, чтобы какой-либо суд мог найти новое определение публичного порядка».

[3] См. высказывание по делу Robinson v. Bland (1760) 2 Burr. 1077, 1084; Pearce v. Brooks (1866) L. R. 1 Ex. 213.

[4] Taylor v. Chester (1869) L. R. 4 Q. B. 309.

[5] Grell v. Levy (1864) 16 C. B. (N. Ser.) 73.

[6] Hope v. Hope (1857) 8 De G. M. and G. 731.

[7] 8 C. B. (N. Ser.) 861.

ствительным договор о продаже рабов, заключенный в 1858 г. между английским рабовладельцем и иностранцем, с исполнением в стране, где рабство еще признавалось[1]; в наше время такой договор, несомненно, рассматривался бы как недействительный. Обязательство отца о предоставлении его внебрачному сыну права на пожизненное содержание, продолжающее свое действие даже и после смерти отца и действительное согласно подлежащему в данном случае применению мальтийскому праву (такое обязательство было бы действительно по любому континентальному праву),—было признано недействительным как противоречащее английскому публичному порядку[2]. Договор, неоспоримый по своему содержанию, но заключенный по принуждению, под незаконным влиянием или обманным образом, не будет принуждаться к исполнению в Англии, если даже «по свойственному ему праву» договор действителен[3].

173. Договоры о пари

Английское право занимает своеобразную позицию в отношении договоров о пари: а) поскольку такие договоры не являются «незаконными» с точки зрения английского права, английские суды разрешают иски о взыскании денег, выигранных в игре или ссуженных для азартных целей, если иностранное право, которому подчиняется договор, допускает взыскание таких денег по суду[4]. Мы полагаем, что это едва ли совместимо с нормой, по которой право лица на удовлетворение его претензии путем иска является вопросом процесса и, следовательно, регулируется законом суда[5]; б) если должник по иностранному долгу, возникшему из азартной игры, выдал обеспечение, например чек на сумму долга, и если это обеспечение подчиняется английскому праву, к должнику не может быть предъявлен иск по обеспечению; но так как выдача чека не

---

[1] Двое судей суда казначейства (Поллок и Уайтмен) и суд Common Pleas (судьи Виллз, Вилльямз и Байлз, 6 C. B. (N. Ser.) 841) остались при особом мнении.

[2] По делу Macartney (1921) 1 Ch., 522, 527. (В этом случае, однако, имелось два других основания для такого решения.)

[3] Kaufmann v. Gerson (1904) 1 K. B. 591. См., однако, об этом (критические высказывания) *Dicey*, p. 883.

[4] Robinson v. Bland (1760) 2 Burr. 1077; Quarrier v. Colston (1842) I Ph. 147; Saxby v. Fulton (1909) 2 K. B. 208, 232. Другой взгляд воспринят французским и немецким правом. См. *Pillet*, Traité prat, II. 240; германский верховный суд, Seufferts Arch, 86 (1932). p. 299. Суды особенно часто сталкиваются с вопросом о допустимости исков по договорам об азартной игре на фондовой бирже. Американское право: *Beale*, III. 649.

[5] См. выше, § 70 (3), (a).

является платежом—*delegatio non est solutio,*—кредитор может предъявить иск из самого долга[1].

174. *Жизненные интересы государства*

2) Применение иностранного права исключается, если такое применение угрожает жизненным интересам британского государства[2]. Основными примерами могут служить случаи, когда применение иностранного права могло бы помочь «врагам короля»[3] или угрожать добрым отношениям между Англией и дружественным государством. Договор о предоставлении займа для содействия восстанию против иностранного правительства дружественного государства *X* недействителен, если он подчиняется английскому праву[4]; он может быть действителен, если он подчиняется праву иностранного государства *Y*, если, например, страна *Y* находится в состоянии войны со страной *X*. Но и в этом случае было бы противно английскому публичному порядку допустить принудительное исполнение договора через английский суд. Сказанное будет также верно и в отношении договора о ввозе вина в страну, установившую запрещение такого ввоза. Такой договор считается действительным по внутреннему английскому праву, если оно является свойственным договору правом[5]; по английскому международному частному праву этот договор не может быть подвергнут принудительному исполнению в Англии, даже если он действителен по свойственному ему иностранному праву. Во всех этих случаях концепция публичного порядка (в частности, в английском ее понимании) использовалась для и с к л ю ч е н и я применения иностранного права. Недавно к этой концепции прибегли для того, чтобы оправдать п р и м е н е н и е иностранных норм, которые нормально могли бы быть исключены из применения. По делу Lorenzen v. Lydden and Co[6] интересы государства и государственного порядка настоятельно требовали признания известного декрета иностранного государства об экспроприации, декрета, издание которого, возможно, находилось вне пределов нормальных полномочий государственной власти; но мы полагаем, что вынесенное судом решение можно защищать различными соображениями (см. об этом дальше, § 501).

---

[1] Moulis v. Owen (1907) 1 K. B. 746. Société anonyme des Grands Etablissements du Tonquet v. Baumgart (1927), W. N. 78.

[2] См. *Cheshire*, 143, 144.

[3] Robson v. Premier Oil and Pipe Line Co. (1915) 2 Ch. (C. A.) 124, 136, Dynamit Aktiengesellschaft v. Rio Tinto Co. (1918) A. C. 292, 294.

[4] De Wütz v. Hendricks (1824) 2 Bing. 314.

[5] См. Foster v. Driscoll (1929) 1 K. B. 470. См. выше, § 166.

[6] (1942) 2 K. B. 202, 214.

175. Пределы исключения иностранного права

V. Исключение применения иностранного права по соображениям публичного порядка не должно заходит дальше, чем это действительно необходимо в общественных интересах. Это положение приводит к двум ограничениям:

1) Не все последствия применения нормы, встречающей возражения, неизбежно сами по себе также должны встретить возражения. Этот вопрос, в частности, обсуждался в связи с полигамией[1]. Другой пример могут представлять собой браки между тестем и невесткой. Такого рода брак противоречил бы английскому публичному порядку, и ни один английский орган, регистрирующий браки, не разрешил бы этим лицам оформить перед ним свой брак. Но если бы они вступили в брак в своем иностранном домицилии и впоследствии основали бы английский домицилий, их брак (вероятно) рассматривался бы как действительный[2] и их дети как законнорожденные. Нибуайе удачно говорит о различной степени «интенсивности» публичного порядка; иногда речь идет только о создании субъективного права, противоречащего публичному порядку, но если это право законно было создано за границей, оно не всегда обязательно нарушает публичный порядок[2].

2) Когда исключается применение иностранной юридической нормы, вместо нее в большинстве случаев применяется закон суда. Но такая замена должна быть ограничена, насколько это только возможно. Если обычно применяемое иностранное право содержит норму *X*, не вызывающую никаких возражений, но допускающую некоторое изъятие *Y*, и если это изъятие *Y* противоречит английскому публичному порядку, исключение применения этой нормы не влечет за собой применения английского права, а допускает применение права основной нормы *X*.

Иллюстрацию этого положения можно найти в решении Германского верховного суда[4]. Швейцарское право освобождает некоторые виды долгов от действия общих норм об исковой давности и делает возможным их принудительное взыскание *in perpetuum* (без ограничения срока). Это изъятие рассматривается как противоречащее германскому публичному порядку и поэтому не применяется в германском суде; суд признал, что

---

[1] См. выше, § 161 (2).

[2] Суд, во всяком случае, разрешит предъявление иска о содержании, но не о восстановлении супружеских прав, потому что едва ли будет в Англии защищаться право на кровосмесительную связь.

[3] *Niboyet*, Manuel, No. 454, Répertoire, X, p. 420. См. германскую формулу в ст. 30 Вводного закона.

[4] Offic. Collect. 106, 85.

в таком случае следовало применить нормальный швейцарский срок исковой давности, а не германский[1]. Другой пример: договор, подчиняющийся германскому праву и признаваемый им действительным во всех своих частях, содержит одно условие, не совместимое с английским публичным порядком и поэтому рассматриваемое английским судом как недействительное. Вопрос о том, становится ли тем самым весь договор в целом недействительным, должен быть разрешен не английским *lex fori*, а германским правом как правом, свойственным данному договору[2].

176. *Иностранный публичный порядок*

VI. Всякий суд применяет нормы, соответствующие только его собственному публичному порядку; он не принимает во внимание никакого иностранного публичного порядка. Из этого правила имеется, однако, одно исключение: когда суд принимает иностранное международное частное право (путем обратной отсылки)[3], он не должен пренебрегать нормами публичного порядка, содержащимися в этом праве.

Пример[4]. В 1930 г. австриец христианского вероисповедания, домицилированный в Италии, женился на австрийской еврейке, оформив брак у английского регистратора. Он предъявил в английском суде иск о признании брака ничтожным. По английскому международному частному праву вопрос о действительности брака должен разрешаться по закону домицилия, т. е. по итальянскому праву. Согласно итальянскому международному частному праву, действительность договора зависит от закона гражданства супругов, т. е. от австрийского закона. Австрийский гражданский кодекс объявляет браки между христианами и нехристианами недействительными; но итальянское право рассматривало (в то время) препятствия, порождаемые различием религии (impedimentum disparitatis

---

[1] Такой случай не представил бы никаких затруднений в английском суде, где исковая давность рассматривается как процессуальный вопрос. См. дальше, § 219.

[2] Согласно решению по делу Pickering v. Ilfracomb Railway, Co(1868) L. R. 3 C. P. 235, 250, ответ английского внутреннего материального гражданского права свелся бы к тому, что если незаконная часть может быть отделена от законной, можно отвергнуть плохое и сохранить хорошее. По германскому праву договор в целом in dubio (в случае сомнения) недействителен. Для того чтобы сохранить «хорошую часть», необходимо доказать, что стороны заключили бы только эту часть договора, если бы они знали, что другая часть недействительна. Германский гражданский кодекс, § 139.

[3] См. дальше, § 178 и след.

[4] Взят из известного дела, решенного германским верховным судом, Off. Coll., 132, 416 (в тексте несколько изменен).

cultus), как несовместимые с публичным порядком. Английский суд, вероятно, принял бы эту дисквалификацию, независимо от того, противится ли его собственный публичный порядок применению австрийской нормы или нет (см. дальше, § 317).

177. *Публичный порядок в международных судах и в Тайном совете*

VII. Трудно сказать, какие нормы международный суд или международный арбитражный суд может признать неприемлемыми на том основании, что они противоречат публичному порядку. Суд не должен, понятно, принимать во внимание публичный порядок страны, в которой он имеет свое пребывание, или публичный порядок, существующий в странах, которые представлены членами суда. Мы полагаем, что суд должен принимать во внимание только право, подлежащее применению в данном конкретном случае (например, право, свойственное данному договору). Если предмет спора касается более чем одной правовой системы и если одна из этих систем содержит в себе норму, противоречащую всем остальным,— только в этом случае можно будет считать правильным, если суд ее отвергнет[1].

Следует, наконец, упомянуть, что судебная комиссия Тайного совета не обладает единообразным критерием для разрешения вопроса о совместимости или несовместимости данной нормы с публичным порядком. Институт, подобный полигамическим бракам в индусском и магометанском праве, не может не приниматься во внимание при разрешении индийских дел, что не может иметь места при рассмотрении европейских исков.

БИБЛИОГРАФИЯ

F. Kahn, Abhandl. I, 161. *De Vareilles—Sommières*, Des lois d'ordre public, 1899, Pillet, Mélanges Pillet, I. 407. *Bartin*, Etudes, 189. *H. Lewald*, Mitteilungen d. d. Gesellsch. f. Völkerrecht, 7 (1926) 47 и 23 Rev. Darras (1928) 149. *Niboyet*, Répert. X. 92. *Louis—Lucas*, Rev. Darras, 1933, 393. *Th. H. Healy*, Théorie de l'ordre public, 9. Rec. (1925, IV) 411. *Knight*, 38 L. Q. R. (1922) 207. *Lorenzen*, 33 Yale L. J. (1924). 736. *Foster*. La théorie anglaise, p. 107. *Nussbaum*, 49 Yale, L. J. (1940) 1027.

---

[1] Следует сомневаться в том, существует ли нечто такое, что Нибуайе (Réport, X, № 439 et seq.) называет «ordre public vraiment international», (действительно международный публичный порядок), если только это выражение не имеет в виду все нормы публичного порядка, общие для всех стран европейской цивилизации. Взгляды Нибуайе отличаются от взглядов, высказанных в книге.

ДОКТРИНА *RENVOI* (ОБРАТНОЙ ОТСЫЛКИ И ОТСЫЛКИ К ТРЕТЬЕМУ ЗАКОНУ)

178. Проблема обратной отсылки

I. Когда международное частное право какой-либо страны *X* предписывает суду применять право иностранного государства *Y*, выражение «право страны *Y*» требует пояснений. Имеется два возможных решения:

1) «Право страны *Y*» означает внутреннее (материальное гражданское) право, действующее в стране *Y*. На первый взгляд, это может показаться естественным решением, и многие юристы и некоторые суды считают его единственно возможным.

2) Но «право страны *Y*» может означать все право этой страны в целом и, следовательно, прежде всего ее международное частное право. Внутреннее материальное гражданское право страны *Y* применяется только в тех случаях, когда ее международное частное право это предписывает. Международное частное право страны *X* должно поэтому быть подтверждено правом страны *Y*, раньше чем внутреннее материальное гражданское право этой страны *Y* может быть применено. Необходимо согласие двух законодателей для того, чтобы сделать право страны *Y* применимым. Если нет такой гармонии между двумя системами международного частного права, положение может быть таково:

а) либо коллизионная норма страны *Y* отсылает обратно к праву страны *X*. Это—то, что французские юристы назвали обратной отсылкой (renvoi) в строгом смысле этого слова, и этот термин был всюду воспринят. В Германии употребляется термин Rückverweisung, в Англии и Соединенных Штатах—Remission[1].

б) либо коллизионная норма страны *Y* отсылает к праву третьей страны. Это также отсылка—renvoi (здесь этот термин употребляется в более широком смысле), хотя это скорее дальнейшая отсылка (transmission), чем обратная отсылка, Weiterverweisung, а не Rückverweisung*. Вопрос о том, должны ли коллизионные нормы страны Z также приниматься в соображение,—остается открытым.

Проблему отсылки можно наилучшим образом иллюстрировать на нескольких примерах:

---

[1] 14 L. Q. R. (1898) 231; 232. *Cheshire*, p. 50. В Италии употребляется термин rinvio indietro.

* Итальянское Rinvio altrove. В дальнейшем мы такую отсылку к праву третьей страны будем обозначать как отсылку к третьему закону. *(Прим. перев.)*

179. Примеры: дела о наследовании

1. Британский подданный, домицилированный в Италии, умирает без завещания, оставив движимое имущество в Англии. На разрешение английского суда поставлен спор между *А* и *Б*, претендующими на наследство. *А* основывает свое требование на итальянском законе о наследовании, *Б* утверждает, что он должен наследовать в соответствии с английским Законом об управлении наследством (Administration of Estates Act). Согласно английскому международному частному праву, решающим в этих случаях является право домицилия умершего, т. е. итальянское право. Если суд отвергает доктрину обратной отсылки, он просто применяет итальянское внутреннее право и разрешает спор в пользу *А*. Если же суд принимает эту доктрину,—как это фактически и делает английское право,—он сначала устанавливает содержание итальянской нормы международного частного права, касающейся наследования, и, так как эта норма отсылает к закону гражданства умершего, он применяет английское внутреннее право и выносит решение в пользу *Б*: случай обратной отсылки.

2. Тот же пример, но умерший был германским подданным, домицилированным в Италии. В этом случае доктрина обратной отсылки приводит английский суд к применению германского внутреннего наследственного права, так как оно является тем правом гражданства, к которому отсылает итальянская коллизионная норма: случай отсылки к третьему закону (к праву третьей страны).

3. Случай, когда закон домицилия (*lex domicilii*) отсылает к закону места совершения действия (*lex loci actus*). До того как английское право восприняло норму *locus regit actum* (форма сделки определяется местом ее совершения) в отношении завещаний, т. е. до издания Закона о завещаниях (the Wills Act) 1861 г.,—британский подданный, домицилированный во Франции, составил в Англии завещание по правильной английской форме, а не по французской. Суд признал, что правом домицилия является французское право, и принял обратную отсылку французского международного частного права к закону места совершения действия, т. е. к английскому внутреннему праву, признав таким образом действительность завещания[1]. Если бы в данном же случае завещание было составлено в Швейцарии и по швейцарской форме, английский суд, вероятно, принял бы отсылку к третьему закону, т. е. от французского к швейцарскому праву.

---

[1] См. Laneuville v. Anderson and Guichard (1860) 2 Sw. and Tr., 24, 38

4. Следует также принимать во внимание обратные отсылки и отсылки к третьему закону от закона гражданства к закону домицилия. Например, германский суд принимает к своему рассмотрению иск, касающийся наследования движимого имущества британского подданного, домицилированного в Германии: германское международное частное право указывает на английский закон, как на закон гражданства, а английское международное частное право отсылает обратно к германскому закону, как закону домицилия. В этом случае германский суд должен принять обратную отсылку и применить германское внутреннее право[1].

5. Может, далее, случиться, что закон домицилия в английском понимании этого термина отсылает к закону другого «домицилия», а именно, когда термин «домицилий» применяется к двум различным понятиям в соответствующих двух странах. Пример такого случая был дан выше, в § 131, 2) (а): англичанин имеет домицилий (в английском смысле) в Дании, свое обычное место пребывания—и, следовательно, свой домицилий в датском понимании,—в Англии (или Италии). Так как по датскому международному частному праву наследование определяется обычным местом пребывания (называемым домицилием), английский суд применит в этом случае, соответственно, английское право (обратная отсылка) либо итальянское право (отсылка к третьему закону).

6. Иногда обратная отсылка делается от закона местонахождения имущества к закону гражданства умершего или к закону места совершения действия. Так, например, если умерший британский подданный оставляет недвижимое имущество в Италии, английский закон сначала указывает на итальянский закон как на закон страны, в которой расположена недвижимость, но итальянское международное частное право отсылает обратно к английскому закону как к национальному закону умершего[2]. Может еще случиться, что завещательное распоряжение, касающееся недвижимого имущества, считается недействительным в силу внутреннего закона страны, в которой это имущество расположено; но коллизионные нормы этой страны отсылают к закону места совершения завещания. В такого рода случаях даже американское право, которое, как правило, отвергает доктрину renvoi, допускает исключение в ее пользу[3].

7. Приведем, наконец, пример отсылки от закона места совершения действия к закону гражданства. Согласно Закону

---

[1] Германский Вводный закон к гражданскому кодексу, ст. 27.
[2] См. дело J. Clunet, 1894, 531, и Lewald, p. 27.
[3] Restatement, § 8 (1).

о завещаниях 1861 г., завещание считается формально действительным, если оно совершено британским подданным в соответствии «с законом того места, где оно было совершено». По делу Goods of Lacroix[1] суд признал, что в этом случае имеется в виду закон, который суды места совершения завещания считают применимым к данному конкретному случаю. Завещание было совершено во Франции британским подданным по английской форме, и обратная отсылка закона места совершения действия к закону гражданства была признана.

180. *Другие дела*

Все приведенные выше примеры касались наследования. Проблема обратной отсылки может, однако, возникнуть в любой области международного частного права, например, когда предметом спора является действительность брака, решения о разводе или узаконения через последующий брак[2], или когда действительность векселя или чека зависит от право- и дееспособности лица, его подписавшего или индоссировавшего[3], или когда речь идет о соблюдении реквизитов при переуступке денежного требования[4], или когда оспаривается переход права собственности.

181. *История renvoi до 1879 г.*

II. Концепция renvoi была разработана в XIX столетии. Предвестники этого понятия встречаются уже в известных решениях Руанского парламента от 1652 и 1663 гг. Эти решения подверглись обсуждению французским юристом Фроланом, который, таким образом, стал первым автором по этому пред-

---

[1] (1877), 2 P. D. 94, 96, 97.

[2] In re Askew (1930) 2 Ch. 259. Collins v. Att.—Cen. 145 L. T. R. 551.

[3] Женевские конвенции 1930 г. по международному частному праву о векселях, разд. 1, о чеках (1931), разд. 1.

[4] Ср. очень яркий случай, говорящий в пользу принципа renvoi, отмеченный Мелхиором, р. 245. По долговому обязательству, подчиняющемуся французскому праву, хотя должником был домицилированный немец, кредитор переуступил требование третьему лицу, не уведомив об этом должника; правопреемник предъявил иск к должнику в немецком суде. По германскому международному частному праву действительность переуступки права требования зависит от закона, регулирующего самый долг (долговое обязательство), в данном случае от французского права. Согласно французскому внутреннему материальному гражданскому праву, указанная переуступка должна считаться недействительной, потому что требуется «уведомление» (signification) должника. Но французское международное частное право подчиняет переуступку долга закону домицилия должника, а по этому (германскому) закону переуступка считается действительной. Для германского суда казалось несправедливым рассматривать переуступку как недействительную в силу французского внутреннего права, в то время как французская коллизионная норма делает ее действительной.

мегу[1]. В XIX веке первыми решениями, в которых шла речь о применении renvoi (хотя без употребления этого термина и без теоретических соображений), были три решения английских судов (1841, 1847 и 1877 гг.) и одно решение германского суда (1861 г.). В первом случае, по делу Collier v. Rivaz (1841 г.)[2], предметом спора был вопрос о действительности завещания, совершенного британским подданным, домицилированным в Бельгии. Суд признал, что спорный вопрос должен быть разрешен в соответствии с английским правом, так как английское международное частное право указывает на закон домицилия, т. е. на бельгийский закон, а бельгийский суд (по мнению английского судьи) применил бы закон гражданства умершего[3]. По делу Frere v. Frere[4] британский подданный, домицилированный на Мальте, составил в Англии завещание, которое было действительным с точки зрения английского права, но не с точки зрения мальтийского. Суд признал, что этот случай подчиняется мальтийскому праву как праву домицилия и что мальтийское международное частное право отсылает обратно к английскому праву как к праву места совершения завещания. Подобное положение создалось и в третьем типичном случае—в деле The Goods

---

[1] Фролан, повидимому, допускал renvoi только в одном случае, а именно, когда renvoi служит основанием для исключения применения «экстраординарного» (ненормального) обычая и для решения дела в соот- ветствии с Coutume de Paris (парижским обычаем). Обо всем этом см. *Niboyet*, 21 Rev. Darras (1926) 15, ср. *Lewald*, Renvoi, p. 19.

[2] 2 *Curteis*, 855.

[3] Мендельсон-Бартольди (Renvoi, p. 60 et seq.) пытается доказать, что дело Collier v. Rivaz не является поддержкой доктрины renvoi. Он доказывает, что на английское право указывает не бельгийское международное частное право, а бельгийское внутреннее материальное гражданское право, согласно которому некоторые из его норм применяются только к бельгийским гражданам. Он сравнивает это положение с тем, когда внутреннее материальное гражданское право запрещает или ограничивает приобретение земли иностранцами. Это сравнение едва ли можно оправдать. Когда закон какой-либо страны, например шведский закон, запрещает иностранцам приобретать землю в Швеции, вопрос о том, «какой закон должен применяться шведскими судами», не возникает: это будет шведский закон и никакой иной. Но когда бельгийский закон предусматривает, что бельгийская форма завещаний доступна только для бельгийских граждан, то остается в силе вопрос: «Какое право должен применять бельгийский суд в отношении завещания, совершенного иностранцем?» На этот вопрос никогда не может дать ответа бельгийское—или любое иное—внутреннее материальное гражданское право; ответа надо искать в бельгийском международном частном праве.

[4] (1847). 5, Notes of Cases 593. Maltass v. Maltass (1844) I Rob. 67, это решение замечательно только тем, что в нем содержится ссылка судьи на решение по делу Collier v. Rivaz и повторяется выраженное в решении по этому делу положение, что «законом домицилия является... закон, который страна домицилия применяет в каждом отдельно рассматриваемом случае».

of Lacroix 1877 г.[1] Однако правовая доктрина не уделила никакого внимания этим английским решениям, а также и любопытному решению, вынесенному апелляционным судом в Любеке в 1861 г.[2] Казалось, никто не подозревал, что здесь вообще имеется проблема.

182. Разработка проблемы начиная с дела Forgo

Выявление проблемы renvoi началось с горячей дискуссии, поднявшейся вокруг французского дела Forgo[3]. Случай, вызвавший такую бурю, представлял собой обыкновенный иск о наследстве, иск такого же рода, как и его английские и германские предшественники.

Форго, незаконнорожденный, баварец по национальности, домицилированный во Франции, умер без завещания, оставив движимое имущество во Франции. Кто должен был ему наследовать? Согласно французскому международному частному праву, этот случай должен был регулироваться баварским правом, а согласно баварскому внутреннему материальному гражданскому праву, наследниками могли быть определенные кровные родственники незаконнорожденного по боковой линии. Однако баварское международное частное право отсылало к французскому праву. Кассационный суд склонился в пользу этой обратной отсылки и применил французский закон, в силу которого эти родственники не имели права наследования,— и все имущество перешло к французскому государству.

Несмотря на большое влияние оппозиции, которую пришлось выдержать доктрине renvoi со стороны большинства теоретиков права в прошлом и в настоящее время во Франции, Италии, Голландии, Германии, Швейцарии, Бельгии, Греции, в Соединенных Штатах Америки и даже со стороны некоторых выдающихся английских авторов[4], суды большинства стран восприняли эту доктрину; единственное исключение, по-видимому, составили итальянские, греческие[5] и датские суды.

---

[1] (1877) 2 P. D. 94, 96, 97.

[2] Опубликовано в Seuffert's Archiv, 14, № 107.

[3] Решение кассационного суда можно найти в Dalloz Pér. 1879 г. I. 56. Об этом решении см., в частности, *Lainé*, Revue Darras, 1906, 615; *Philonenko*, J. Clunet, 1932, 281.

[4] В особенности Чешайр loc. cit. Приверженцами доктрины выступают в Англии Дайси и, (с оговорками, см. дальше, § 191), Вестлейк; в Германии—Бар, Мелхиор, Нуссбаум, Франкенштейн и Линекнерус; во Франции—Вейс, Леребур-Пижоньер и Леполь; в Бельгии—Пуле; в Италии—Фиоре.

[5] Новые кодексы обеих стран (итальянский 1938 г., греческий 1940 г.) отвергли доктрину renvoi. Греческие суды, хотя не ареопаг, приняли ее: см. *Streit and Vallindas*, 1.276—278.

Правда, пределы, в которых суды признают renvoi, и способы ее применения различны в каждой стране.

Так, например, германский кодекс, совершенно не упоминая об отсылке к третьему закону, трактует об обратной отсылке только для ограниченного перечня случаев[1]. Но германские суды допускают как обратную отсылку, так и отсылку к третьему закону и по аналогии расширили область действия renvoi, с тем, чтобы охватить все случаи, где ее предположительно можно было бы применить[2]. Французские суды приняли обратную отсылку, но пока, повидимому, игнорируют отсылку к третьему закону[3]. То же, очевидно, относится и к швейцарскому федеральному суду, который, однако, еще не имел случая для окончательного решения вопроса[4]. В Польше закон 1926 г. о международном частном праве, ст. 36, принял доктрину renvoi в ее самой широкой форме: т. е. он принял обратную отсылку и отсылку к третьему закону всюду, где бы польская коллизионная норма ни указывала на применение иностранного права. Соединенные Штаты Америки, в принципе хотя и враждебные доктрине, разрешили ее применение в двух особых случаях[5]: когда вопрос касается правового титула на землю и действительности решения о разводе. В обоих случаях допускается и обратная отсылка и отсылка к третьему закону, в зависимости от обстоятельств. Две женевские конвенции (1930 г. и 1931 г.), касающиеся простых и переводных векселей и чеков, предусматривают, что хотя способность лица принять на себя обязательства по какому-либо из таких документов зависит от его национального закона, но renvoi (обратная отсылка или отсылка к третьему закону, в зависимости от обстоятельств) к какому-либо другому закону, например к закону домициля или к *lex loci actus*, должна быть принята. Такую же норму можно найти в Гаагской конвенции 1902 г. о коллизионных нормах о браке[6].

183. Позиция английских судов

III. Английские суды относятся положительно к доктрине renvoi, но испытывают сомнения относительно сферы ее действия. Известно, что в большом количестве решений суды последовали этой доктрине, хотя иногда только *in dicta* (в попутных высказываниях судьи). В одном случае судья прямо указывает, что он

---

[1] Германский Вводный закон, ст. 27.

[2] Решения верховного суда (Offic. Coll.), 62, 404, 64, 393, 78, 50 и 236; 91, 139; 132, 416; 136, 365; См. об этом *Melchior*, 207 et seq.

[3] См. *Niboyet*, Manuel, p. 480. Против: *Potu*, loc. cit., 69.

[4] *Schnitzer*, Handbuch d. IPR., 90 et seq.

[5] Restatement, § 8.

[6] Разд. 1 Конвенции.

предпочел бы обсуждать вопрос без ссылки на доктрину renvoi[1]. Одно решение противоречит этой доктрине. Наконец, по многим делам, в особенности по делам, относящимся к коммерческим договорам, проблема renvoi не возникала.

184. Случаи, когда вопрос о renvoi не поднимался

1. Начнем с последней группы; к этой группе относятся различные виды дел[2].

а) Имеется, во-первых, большое количество дел, по которым суд для определения «свойственного данному договору права» обращается главным образом к прямо выраженному или подразумеваемому намерению участвующих в договоре сторон. Само собой понятно, что в тех случаях, когда это намерение имеет в виду применение права страны X, должны применяться не коллизионные нормы этой страны, а ее внутреннее материальное гражданское право. Это относится и к тем случаям, когда суд, при отсутствии указаний на действительное намерение сторон, применяет закон места исполнения обязательства (*lex loci solutionis*) или закон места заключения договора (*lex loci contractus*); такой выбор закона основан на предположении, что сами стороны избрали бы этот закон, если бы они обсуждали этот вопрос. Этот мотив лежит в основе решений по делам Ruby Steamship Corporation v. Commercial Union Assurance Co.[3], Broken Hill Proprietary Co. v. Latham[4], Adelaide Electric Supply Co. v. Prudential Assurance Co.[5], и по многим другим[6].

б) В английском праве существует норма, по которой договор считается недействительным, если он противоречит закону, и недействителен либо в силу закона места исполнения обязательства, либо (быть может) в силу закона места его

---

[1] In re Annesley (1926) Ch. 692 (per Russell, J.).

[2] В своем исследовании английских решений Мендельсон-Бартольди, к сожалению, не делает различия между двумя самостоятельными проблемами. Первая: если решающим является закон домицилия, то какой закон решает вопрос о местонахождении домицилия? Вторая: является ли закон домицилия решающим? Если нет, то какой иной закон является таковым? Только в связи со вторым вопросом возникает проблема renvoi, первый вопрос (см. выше, § 131 (2)) с ней не соприкасается. Поэтому такие дела, как Hamilton v. Dallas (1875) 1 Ch. D. 257; Wahl v. Att.-Gen. (1932) 147, L. T. 382, к интересующему нас сейчас вопросу не относятся.

[3] 18 Aspinall's Mar. C. (1933) 445.

[4] (1933) 1 Ch. 373.

[5] (1934) A. C. 122.

[6] Эти решения цитирует Мендельсон-Бартольди (p. 44 et seq.). Этот выдающийся юрист, повидимому, придерживается того взгляда, что если доктрина renvoi вообще принята, она должна применяться даже и в тех случаях, когда подлежащее право избрано самими сторонами. Из его замечаний по делу The Adriatic (1931), P. 241 (см. стр. 53 его статьи, прим. 1) вытекает, что он придерживается такого мнения.

заключения[1]. Несомненно, что здесь имеется в виду внутреннее материальное гражданское право места исполнения или места заключения договора, а не коллизионные нормы этих мест. Этим объясняются такие решения, как по делу The Torni[2] или De Béeche v. South American Stores[3].

в) Другие случаи, в которых вопрос о renvoi не обсуждался судом, можно объяснить тем, что английские суды рассматривают содержание иностранного (внутреннего материального или международного частного) права как факт, а не как право. Таким образом, в тех случаях, когда стороны не привлекают внимания суда к коллизионным нормам иностранной правовой системы, которые должны быть применены, суд не имеет никаких оснований сомневаться в том, что эти коллизионные нормы—такие же, как и английские. Было бы неправильно из этого делать какой-либо вывод против renvoi.

185. Дело Bremer v. Freeman

2. Решения, враждебные доктрине renvoi. Эта группа представлена только одним, и то очень старым, делом, именно, делом Bremer v. Freeman[4], касающимся действительности завещания. Согласно господствовавшей в то время (1857 г.) английской норме, указанное дело должно было подчиняться праву домицилия умершего. Тайный совет применил внутреннее материальное гражданское право домицилия (французское внутреннее право), не приняв обратной отсылки (renvoi) французского международного частного права к праву места совершения завещания (*lex loci actus*). Это решение было отвергнуто позднейшими решениями, начиная с решения по делу The Goods of Lacroix, 1877 г.[5] Некоторые приводят еще решение по делу Hamilton v. Dallas[6], как согласующееся с решением по делу Bremer v. Freeman в отношении отклонения renvoi; это, однако, неправильно. Решение по делу Hamilton v. Dallas разрешает только вопрос об определении домицилия.

186. Дела, разрешенные применением renvoi: а) отсылка к третьему закону

3. Решения, принимающие доктрину renvoi, хотя по некоторым делам только *in dicta* (в попутных высказыва-

---

[1] См. дальше, § 425.

[2] (1932) P. 27 and 78.

[3] (1935) A. C. 148.

[4] (1857) 10 Moore, P. C. 306, 359, 374. Некоторые авторы, однако, полагают, что решение по делу Bremer v. Freeman совместимо с доктриной renvoi и что оно даже поддерживает эту доктрину (?). См. по этому поводу *Schreiber*, 31, Harv. L. R., 542, note 31.

[5] (1877) 2 P. D. 94, 96, 97. См. дальше, § 187.

[6] (1875) 1 Ch. D. 257. См. выше, стр. 215, прим. 6.

ниях судьи). Имеются следующие решения этой группы:

а) два явных случая отсылки к третьему закону и третий случай, где суд, повидимому, допустил ее молчаливо.

1) Наиболее очевидным из этих случаев является дело Ахиллопулоса[1]. Умерший был греческим подданным и в момент смерти мог считаться домицилированным в Египте. Суд применил в отношении наследования греческое внутреннее материальное гражданское право, так как, если домицилий был в Египте, следует обратиться к египетскому международному частному праву, а оно отсылает к греческому праву.

2) Далее, дело Джонсон[2]. Завещательница была британской подданной, ее домицилием по происхождению была Мальта, но в момент смерти она имела свой «избранный» домицилий в великом герцогстве Баденском. Суд применил не внутреннее материальное гражданское право Бадена, а его коллизионную норму, которая отсылала к «британскому» праву, и так как такого «британского» права не существует, суд решил дело, руководствуясь той группой законов, которые действовали в прежнем домицилии завещательницы, т. е. на Мальте[3]. Следует отметить, что в данном деле суд впервые употребил термин «renvoi» и выразил свое мнение о том, что доктрина renvoi не порождает *circulus inextricabilis* (порочного круга), как полагали ее противники[4].

3) Третье решение, в котором подразумевается отсылка к третьему закону, было вынесено по делу Труффора[5]. В этом случае умерший был швейцарским гражданином, домицилированным во Франции. Согласно английскому закону, наследование в отношении его движимого имущества определялось французским законом, который, однако, отсылал к закону гражданства (т. е. швейцарскому).

Суд, правда, не заявил прямо, что следует применить швейцарское право, но он намекнул на это, указав, что швейцарские суды являлись «надлежащими и компетентными судами для решения...» Это один из тех случаев, в которых трудно провести четкое разграничение между коллизией юрисдикции и коллизией материального права.

---

[1] (1928) 1 Ch. 433, 443 (судья Томлин). Мендельсон-Бартольди в своем обзоре различных дел этого дела не касается.

[2] (1903) 1 Ch. 821, 827.

[3] См. выше, §§ 128, 129. Имелось еще и другое основание для такого решения, но в этой части решение было отвергнуто решением по делу Annesley (1926), Ch. 692. Это, однако, не ослабляет авторитетности решения в той части, в какой оно основывается на renvoi.

[4] (1903) I Ch. 821, 831.

[5] (1887) 36 Ch. D. 600.

187. б) Обратная отсылка

б) Имеется гораздо больше дел, по которым английские суды признали обратную отсылку. Эти дела можно разделить на две группы.

1) Первая группа, начиная с 1841 г. и до 1918 г., состоит из тех решений, в которых обратная отсылка к английскому закону просто вытекает из самого факта применения английского внутреннего материального гражданского права, без того, чтобы имелась в виду какая-либо дальнейшая отсылка. Мы полагаем, что следующие четыре решения относятся к этой группе: Collier v. Rivaz[1], Frere v. Frere[2], Laneuville v. Anderson[3] и In the Goods of Lacroix[4]. Все они касаются завещаний, совершенных вне Англии и Уэлса по английской форме, и во всех случаях renvoi привела к подтверждению действительности завещаний. По некоторым другим делам доктрина renvoi была одобрена мимоходом (*obiter dicta*), например, Лашингтоном по делу Maltas v. Maltas[5], Крессуэллом по делу Crookenden v. Fuller[6] и, в особенности, судьей Скраттоном по делу Casdagli v. Casdagli[7], по которому им было высказано особое мнение.

188. Дела с двойной обратной отсылкой

2) Вторая группа дел, начиная с 1926 г., показывает доктрину renvoi «в более рафинированной форме». Обратная отсылка к английскому праву не означает просто отсылки к английскому внутреннему материальному гражданскому праву, но и возможную обратную отсылку к английским коллизионным нормам, создающую вторую обратную отсылку, т. е. двойное renvoi к тому же иностранному праву, что и раньше. Является ли обратная отсылка обыкновенной или двойной,— это зависит не от английских коллизионных норм, а от той иностранной коллизионной нормы, которую должен применить английский суд. Эта несколько сложная теория (она была названа доктриной «пинг-понг»)[8] только приводит к своему логическому завершению принцип, сформулированный Х. Дженнером в решении по делу Collier v. Rivaz[9] и с тех пор

---

[1] (1841) 2 Curt., 855. (Дженнер).
[2] (1847) 5. Notes of Cas. 593 (он же).
[3] (1860) 2 Sw. and Tr. 24, 38.
[4] (1877) 2 P. D. 94, 96, 97 (Хэннен).
[5] (1844) I. Rob. 67.
[6] (1859) I Sw. and Tr. 441, 460.
[7] (1918) P. 89, 111.
[8] By *J. D. Falconbridge*, 17 Canad. Bar. R. (1939) 379.
[9] 2 Curt., 855.

неоднократно повторявшийся многими другими судьями[1]; речь идет о правиле, по которому судья, применяя иностранное право, должен «рассматривать себя как бы находящимся в соответствующем иностранном государстве». Это правило вытекает из того, что судья должен применять иностранные коллизионные нормы, включая нормы об обратной отсылке, которые применил бы иностранный суд. Путь, по которому действует эта система обратной отсылки, можно лучше всего проследить, противопоставив два решения: по делам Аннэсли[2] и Росс[3]. В первом из этих дел завещательница, британская подданная, домицилированная во Франции, по завещанию распорядилась всем своим имуществом, ничего не оставив своему сыну. По английскому праву такое распоряжение было бы действительным, между тем как французский закон ограничивает ее право распоряжения только одной третью принадлежащего ей имущества[4]. Судья Рассэл отправлялся от закона домицилия (французского закона), который отсылал обратно к английскому праву. Но так как французский суд признает доктрину renvoi, он принял бы вторичную обратную отсылку от английского к французскому праву, и, следовательно, применил бы французское внутреннее материальное гражданское право. Это, в свою очередь, приводит к применению французского права английским судом. По второму делу, Росс, юридическое положение было такое же, за исключением того, что в этом случае завещательница была домицилирована в Италии (а не во Франции): поскольку итальянские суды не уделяют никакого внимания иностранным коллизионным нормам и поэтому не разрешают обратной отсылки от иностранного права к итальянскому, они в силу своей собственной коллизионной нормы были бы обязаны применить английское внутреннее материальное гражданское право, что и сделал английский суд[5]. По двум другим делам, Аскью[6] и Collins v. Att.-Gen.[7], вопрос заключался в том, может ли незаконнорожденный ребенок, зачатый в прелюбодеянии, быть узаконен через последующий брак его родителей. На этот вопрос английское внутреннее материальное гражданское право дает отрицательный ответ, а германское — утвердительный. Английская коллизионная норма отсылала

[1] Не только английскими, но также и континентальными судьями. См., например, соображения апелляционного суда в Любеке, 1861 г. Seuffert's Archiv 14, № 107, или Германского верховного суда, Offic. Coll. 62, 404; 64, 393; 91, 141.

[2] (1926) Ch. 692. Об этом решении см. *Bentwitch*, 4. Rabel's Z., 433.

[3] (1930) Ch. 377.

[4] Гражданский кодекс, ст. 913.

[5] Судья Лаксмур.

[6] (1930) 2 Ch. 259 (судья Мом).

[7] (1931) 145 L. T. 551.

к германскому домицилию. Согласно германскому международному частному праву, решающим являлся национальный закон умершего (английское право), но с точки зрения английской коллизионной нормы германские суды были бы обязаны[1] принять (вторую) обратную отсылку от английского к германскому праву и, следовательно, применить германское внутреннее материальное гражданское право. Этому ходу рассуждений следовали оба английских решения. Решение по делу Аскью ввело, однако, новый, но едва ли убедительный, довод в пользу обратной отсылки (renvoi) в случаях с иностранным домицилием, именно, что английское право отсылает к закону домицилия только с той целью, чтобы установить, имеет ли данное лицо «приобретенные права» по этому закону; в положительном случае английский суд обязан признать такие права[2]. Дальнейшими решениями, в которых суд следовал решениям, принятым по делам Аннесли и Росс, не прибавляя никаких новых аргументов, были: Re O' Keefe[3] и Jaber Elias Kotia v. Katr Bind Jiryes Nahas[4].

189. Выводы

Изучение английских решений приводит к несомненному выводу о существовании следующих двух правил:

1) Renvoi не признается в тех случаях, когда стороны. заключая договор, в прямо выраженной или подразумеваемой форме согласились подчинить свой договор определенной правовой системе или когда суд применяет закон места заключения или исполнения договора как соответствующий предполагаемому намерению сторон.

2) Renvoi признается в тех случаях, когда предметом спора является формальная или внутренняя действительность завещания или узаконения ребенка через последующий брак, независимо от того, приводит ли renvoi от закона домицилия или от закона местонахождения имущества к национальному закону заинтересованного лица или к закону места заключения договора. Значение renvoi изменялось. В более ранних делах renvoi означало одну единственную обратную отсылку к внутреннему материальному гражданскому праву места суда или одну единственную отсылку к внутреннему материальному

---

[1] Согласно германскому постановлению о renvoi в ст. 27 Вводного закона.

[2] См. об этом *Falconbridge*, 17. Canad. Bar Rev. 386. Об исключениях, которые необходимо делать из доктрины приобретенных прав, см. выше, § 2.

[3] (1940) Ch. 124.

[4] (1941) A. C. (P. C.) 403, 413. Не будет поэтому преувеличением, если, вместе с Дайси (p. IV), говорить о «непрерывной цепи английских прецедентов» (против—Мендельсон-Бартольди, 77).

гражданскому праву третьей страны. В целом, начиная с 1926 г. понятие renvoi включает в себя и вторую обратную отсылку, если такая отсылка приводит к тому праву, которое применил бы иностранный суд. Это толкование renvoi, очевидно, заменило толкование, преобладавшее ранее.

Остается еще проблема восполнения пробела, например, в делах о действительности браков, об усыновлении или о передаче собственности *inter vivos*. В частности: должно ли в этих случаях допускаться только единственное renvoi или может быть повторная (двойная, тройная) обратная отсылка? Следует ли трактовать одинаково случай обратной отсылки и случаи отсылки к третьему закону? Ответы на эти вопросы в значительной степени зависят от общего взгляда на всю доктрину в целом и на ее различные формы.

190. Возражения против доктрины

IV. Против концепции renvoi выдвигались главным образом следующие возражения:

1) Указывалось на то, что доктрина renvoi «противоречит здравому смыслу» и «несовместима с подлинной природой любой системы международного частного права»[1]. В действительности, значение коллизионных норм изменилось после 1841 г. Вместо того, чтобы безоговорочно установить, какой закон должен применяться к данному фактическому составу дела, доктрина renvoi ставит такое решение в зависимость от взгляда, которого по этому вопросу придерживается иностранное право, на которое она указывает. Доказывалось, что отказ от тщательно продуманных английских коллизионных норм только потому, что «какое-нибудь иностранное государство предпочитает другую норму», является «самоустранением», которое хотя и может быть «красивым жестом», но не может рекомендоваться судье, чей долг заключается в руководстве правом своей страны[2]. На это можно ответить, что судья принимает во внимание не коллизионные нормы «какого-нибудь» иностранного государства, а нормы страны, на которые указывает его коллизионная норма. Он, в первую очередь, применяет свою собственную коллизионную норму, но только на этом он не останавливается.

2) Указывалось также на то, что доктрина renvoi неопределенна, неясна и непостоянна. Правда, она в Англии разрабатывалась более активно, чем где бы то ни было, и ее применение в различных областях права еще не совсем налажено. Но если бы некоторая неопределенность контуров могла служить доста-

[1] *Cheshire*, p. 65.
[2] Ibid., p. 59.

точно обоснованным возражением против юридических принципов и если бы мы, юристы, требовали непоколебимой точности, мы, вероятно, для того, чтобы ее достигнуть, должны были бы предпочесть праву математику.

3) Указывалось еще на то, что доктрина renvoi неудобна с практической точки зрения, так как она обязывает суд изучать иностранное международное частное право, а это считают более трудным, чем исследование иностранного внутреннего материального гражданского права. Это, может быть, и верно в некоторых случаях. Но если суд не в состоянии установить коллизионную норму иностранного права, он применяет английскую коллизионную норму, исходя из презумпции, что иностранное право такое же, как и английское[1].

191. Доктрина «отказа» (*«désistement»*)

4) Наконец, доктрину renvoi объявили излишней. В частности, Вестлейк и Бар полагали, что желательный результат мог бы быть достигнут другим путем, а именно посредством их теории «отказа»[2]. Если, например, английская коллизионная норма приводит к французскому праву как к праву домицилия, то этим указывается на французское внутреннее материальное гражданское право; но, согласно исходной точке зрения Вестлейка, внутреннее материальное гражданское право не может применяться в тех случаях, для которых оно не предназначено. Английский суд исключительно по этим соображениям исследует французскую коллизионную норму. Так как эта норма указывает на то, что французское внутреннее материальное гражданское право имеет в виду регулировать правовое положение только французских граждан, английский суд восполняет этот пробел, применяя внутреннее материальное гражданское право своей страны. «La loi (française) ne renvoie pas, elle s'ábstient, elle se désintéresse» (французский закон не отсылает обратно, он воздерживается от регулирования, он не интересуется). Эта теория, которая в конечном итоге приводит к обратной отсылке, но никогда не приводит к отсылке к третьему закону, основана на мысли, что только сама Франция может определять сферу применения ее внутреннего материального гражданского права; указывалось даже на то, что применение французского права наперекор французскому праву затрагивало бы французский суверенитет. При всем моем уважении к двум названным крупным юристам, я все же должен заявить, что этот взгляд трудно защищать. Ни одно государство никогда не исключало

---

[1] См. дальше, § 209.

[2] 18 Annuaire (1900) 35, 41. Об этой доктрине см. *Lewald*, Renvoi, 85 et seq.

возможности того, что все его право будет полностью принято другим государством; Швейцария была обрадована, а не шокирована, когда Турция приняла швейцарский гражданский кодекс. Почему же тогда какое-либо государство должно возражать против применения некоторых частей его внутреннего материального гражданского права в случаях, когда его собственные судьи воздерживаются от его применения?

192. Соображения в пользу renvoi

V. Тот бесспорный факт, что почти во всех европейских странах суды в той или иной форме относятся положительно к renvoi, наводит на мысль о том, что эта доктрина имеет свое оправдание и свои преимущества. В чем они заключаются? И каковы, следовательно, пределы, в которых ее разумно следует применять?

Приводившиеся в большинстве европейских решений соображения в пользу применения этой доктрины неубедительны; их нельзя даже назвать соображениями. Доказывалось, что всякая норма международного частного права, предусматривающая применение иностранного права, указывает на иностранное право «в его целом», на «все вообще иностранное право»; имеется в виду применение иностранного права dans son ensemble (в его целом); это Gesamtverweisung (отсылка в целом). Подлинные соображения в защиту этой, на первый взгляд, странной интерпретации коллизионных норм указаны в другой формуле, и эту формулу также можно найти как в континентальных, так и в английских решениях: суды, гласит эта формула, желают решить дело при помощи тех же норм, которые применил бы иностранный суд, если бы перед ним стояла эта задача. Английские суды даже развили любопытную фиктивную формулу для выражения этого положения: судьи, говорят они, желают вынести решение так, как они бы это сделали, если бы слушали дело в качестве судей в соответствующем иностранном государстве. «Я рассматриваю себя как бы слушающим дело в Бельгии»,—сказал Дженнер в решении по делу Collier v. Rivaz[1], когда ему нужно было применить бельгийское право. Легко высмеять эту фразу. Если оставить в стороне связанное с этим тезисом необычное положение[2], то смысл указанной формулы будет ясен: английский суд стремится решить дело точно так, как его решил бы иностранный

[1] 2 Curt. 855, 863.

[2] Английский судья, слушающий дело в чужой стране без знания языка или господствующего там права, зависящий от того, что скажут ему эксперты, и, если им не удастся его убедить, готовый в любой момент объявить сторонам, что он презюмирует, что это иностранное право такое же, как и английское.

суд, если бы оно было ему поручено, если бы он обладал юрисдикцией и если бы он при этом должен был применять английские нормы процессуального права и публичного порядка.

Необходимо, однако, подчеркнуть, что эта или ей подобная формула, хотя и общая для решений судов многих стран, в значительной части не была доведена до своего логического завершения. Германские и французские суды пытались применить ее на практике, но остановились на первой обратной отсылке; такую же позицию занимали английские суды до 1926 г. Германский суд, например, занимавшийся иском о наследовании в отношении имущества норвежского подданного, домицилированного в Германии, совершенно правильно обратился к норвежской коллизионной норме, но установив, что эта норма отсылает обратно к закону домицилия умершего (к германскому закону), просто применил германское внутреннее материальное гражданское право, не поставив перед собой вопроса о том, как поступил бы норвежский суд в случае обратной отсылки от германского к норвежскому праву и не применил ли бы он в этом случае право Норвегии.

Этот континентальный и ранний английский метод остановки на полпути имеет два преимущества: во-первых, он никогда не приводит к вечному «перебрасыванию», к тому беспорядочному положению, которое противники доктрины renvoi считали неизбежно вытекающими из этой доктрины[1]. Он, во-вторых, приводит (в случае обратной отсылки) к применению судом собственного внутреннего материального гражданского права. Ниже (§ 194) мы докажем, что этот вывод правилен в случаях, когда нельзя достигнуть гармонии решений. Но когда этот метод принимается, то нельзя с уверенностью сказать, что суд решает дело так, «как его решил бы иностранный суд».

После дела Анненли[2] английские суды стали принимать интересующую нас формулу более серьезно; они ставят себе задачу дать ей широкое практическое применение. Этот метод помогает установить желанную гармонию решений[3], по крайней мере между двумя, а в случае отсылки к третьему закону, даже между тремя странами[4]. Слабое место этого метода заключается в том, что он не мог бы действовать, если бы другие соприкасающиеся с делом страны также стали его применять.

---

[1] Это положение часто сравнивалось с *perpetuum mobile* или с международным лаун-теннисом. Его называли «логическим кабинетом зеркал», «процессом отлива и прилива» и т. д.

[2] (1926) Ch. 692.

[3] См. выше, § 4 и § 15.

[4] Например, по делу Ахиллопулоса (1928) 1 Ch. 433. 443, суды трех стран—Египта, Греции и Англии,—применили бы одно и то же (греческое) внутреннее материальное гражданское право.

В этом случае имела бы место бесконечная отсылка туда и обратно или, в некоторых случаях, отсылки к третьему закону,— бесконечный круг отсылок. Английский и иностранный судьи раскланивались бы друг перед другом, и каждый из них говорил бы до бесконечности: «Non, monsieur, à vous l'honneur»[1] (нет, сударь, Вам предоставляется эта честь). В одной старой германской комедии Коцебу «Die deutschen Kleinstaedter» некоторые сверхвежливые провинциалы стоят перед открытой дверью, раскланиваясь и приглашая друг друга пройти первым; так они стоят до тех пор, пока не опускается занавес, и, когда занавес снова поднимается перед следующим актом, они все еще стоят на том же месте. Для английского суда оказалось крайне благоприятным то обстоятельство, что вне пределов Британской империи—как на европейском континенте, так и в Америке, Азии и Африке—нет ни одной страны, которая восприняла бы английскую систему двойной renvoi; и надо ожидать и надеяться, что английская норма останется строго островной. Правда, надо предположить, что, кроме английских, и другие суды в пределах Британской империи будут следовать английской норме. Но, поскольку эти суды большей частью приняли английское международное частное право (за исключением того, которое выражено в статутах) и, в частности, английский принцип определения по закону домицилия гражданского состояния, брака, развода и наследования в отношении движимого имущества, обратная отсылка от какой-либо из этих стран к английскому праву может иметь место в исключительно редких случаях. Если бы, однако, английская система renvoi стала универсальной, она бы полностью разрушилась и привела бы к бесконечному кругу. В таком случае[2] можно было бы оправдать[3] простую обратную отсылку, приводящую к применению

---

[1] О таком поведении офицеров в сражении при Фонтенуа упоминает *Maugham*, (1930) 2 Ch. 267.

[2] Пример. Английская супружеская чета домицилирована в Квебеке; жена там получает судебное разлучение и возвращается в свой добрачный английский домицилий. Затем она умирает без завещания, оставив движимое имущество в Англии. Согласно английскому закону, наследование в отношении ее движимого имущества регулируется законом ее домицилия, а, согласно английскому закону, ее домицилием является Квебек. Но английский суд решит так, как «если бы он заседал в Квебеке», тогда как, согласно международному частному праву Квебека, следует применить английское право, ибо в Канаде жена, получившая судебное разлучение, может приобрести свой собственный домицилий. Таким образом, квебекский суд (если он займется разрешением вопроса) будет «себя рассматривать заседающим в Англии» и применит право, которое применил бы английский суд. (См. *W. S. Johnson*, Conflict of Laws, I, II, 114, Quebec Code, art. 206, 207). Имеются основания предполагать, что в таком случае английский суд применил бы английское право.

[3] См. дальше, § 194.

собственного внутреннего материального гражданского права суда. В настоящее время английское решение вопроса находит успешное применение.

193. Гармония решений

1. Таким образом, первое и главное оправдание renvoi заключается в том обстоятельстве, что эта система в определенных случаях помогает достичь основной цели международного частного права—гармонии решений, независимо от того, где будет иметь место судопроизводство. Точнее говоря: желанная гармония достигается применением любой формы renvoi при следующих условиях:

а) Обратная отсылка хороша, когда только одна из участвующих в ней правовых систем признает renvoi, в то время как другая ее отвергает.

Пример: французский суд в силу своей коллизионной нормы обязан в отношении недвижимости, расположенной в Италии и оставленной французским гражданином, применить итальянское право как lex situs; согласно итальянской коллизионной норме, вопрос регулируется по закону гражданства умершего. Французский суд принимает обратную отсылку к собственному праву. Итальянский суд, разрешая этот вопрос, отклонил бы любую форму renvoi от французского к итальянскому праву. Следовательно, обе страны применяют французское право.

б) Обратная отсылка также хороша, когда, как уже указывалось, из двух участвующих в ней стран одна разрешает отсылку в той форме, как ее понимают на континенте (однократная обратная отсылка), в то время как другая страна принимает двойную обратную отсылку (Англия).

в) Отсылка к праву третьей страны порождает гармонию решений между тремя странами только в том случае, если суды тех двух правовых систем, между которыми при отсылке к третьему закону должен быть сделан выбор, применили бы, в случае, если бы им было поручено разрешить спор, одно и то же внутреннее материальное гражданское право.

Пример. Датский гражданин, домицилированный в Италии, умирает, и английский суд должен разрешить спор о наследовании в отношении движимого имущества, находящегося в Англии. Здесь будет правильно применить датское право, как это сделали бы как итальянские, так и датские суды. Остается под сомнением, допустима ли отсылка к третьему закону, если обе участвующие иностранные системы не согласуются. Возьмем датского гражданина, домицилированного в Италии. Английская коллизионная норма о правопреемстве указывает на итальянское право, итальянская коллизионная норма отсылает к датскому праву; но датская коллизионная норма гласит,

что применению подлежит итальянское право (как право домицилия умершего),—ни Италия, ни Дания не признают никаких renvoi. Английский суд, вероятно, даже и при этих условиях примет отсылку от Италии к Дании и применит датское внутреннее материальное гражданское право, потому что так поступил бы итальянский суд. Мы, однако, ставим вопрос: нельзя ли считать более предпочтительным здесь отклонить отсылку к третьему закону? Поскольку между итальянским и датским решениями гармония не может быть достигнута, нет никакого практического смысла в том, чтобы английский суд отказался от своей коллизионной нормы, находящейся в полном согласии с датской коллизионной нормой.

194. Применение местного права

2. Когда единообразия решений не может быть достигнуто, renvoi тем не менее дает удовлетворительные результаты в тех случаях, когда отсылка приводит к применению судом его собственного внутреннего материального гражданского права. В этом действительная причина того, почему все континентальные системы, допускающие renvoi, останавливаются, как только они приходят к своему собственному праву. Мы говорили выше[1] о тенденции судов всех стран по мере возможности применять свое собственное право, так как это право они знают. Неверно, как это иногда указывалось, что обратная отсылка к собственному закону судьи служит только для защиты ленивого судьи. Добросовестный судья особенно не будет склонен применять иностранное право, так как иначе он в значительной мере будет поставлен в зависимость от иностранных экспертов. «Такие показания ученых иностранцев,—сказал однажды лорд Гранворт[2],—вообще бывают далеко не удовлетворительны, но часто складывается так, что лучших доказательств нельзя добыть, и тогда наши суды должны, исходя из противоречивых показаний, установить, насколько они могут, каким законом они должны руководствоваться в своих действиях». Если бы не существовало renvoi, германский суд, разрешая, например, вопрос о наследовании в отношении имущества аргентинского подданного, домицилированного в Германии, должен был бы применить аргентинское право, которого он не знает, между тем как аргентинский суд в том же случае был бы обязан применить германское право и глубоко погрузиться в тайны германского гражданского кодекса. Такой вывод кажется абсурдным.

---

[1] § 46.
[2] Doglioni v. Crispin (1866) L. R. I. H. L. 301, p. 314.

195. *Favor testamentarius*
(Благоприятствование завещанию)

3. Имеется ли еще третья группа случаев, в которых применение renvoi может быть оправдано?[1] Некоторые из приведенных выше решений наводят, повидимому, на мысль о том, что суды использовали renvoi для того, чтобы поддержать завещание, которое было бы недействительно, согласно иностранному внутреннему материальному гражданскому праву, к которому отсылает английская коллизионная норма, но было бы действительно, согласно тому внутреннему материальному гражданскому праву, которому должен быть подчинен данный случай в силу иностранной коллизионной нормы. Несомненно, что иногда *favor testamentarius* или принцип *res magis valeat quam pereat* (стремление оставить в силе сделку) исторически оказали влияние даже на нормы международного частного права[2]. Но было бы трудно утверждать, что каждая из этих концепций образовала *ratio decidendi* (решающее соображение) в пользу допущения renvoi или что она была чем-то большим, чем задняя мысль судьи[3]. Даже *de lege ferenda* было бы опасно отводить этим принципам более высокое место, чем то, которое они занимают в настоящее время в качестве правил для толкования завещаний или других юридических документов. В тех случаях, когда сторонам разрешается выбирать право, которому они хотят подчинить свои акты,—как это имеет место при заключении договоров,—применение права, обеспечивающего действительность этих актов, надежно защищается предполагаемым намерением договаривающихся сторон. Но в тех случаях, когда намерение сторон не создает никакой привязки в международном частном праве,—как это происходит при совершении или отмене завещаний,—было бы несправедливо разрешить действовать указанному принципу «благоприятствования»[4].

---

[1] Или, наоборот, имеются ли случаи, в которых renvoi (хотя и могущая быть оправданной в случаях 1 и 2) не должна применяться?

[2] Пример: прусский кодекс 1794 г., см. выше, § 28.

[3] См., в частности, дело Аннэсли (1926) Ch. 692, в котором судья Рассель применил на практике норму двойной renvoi, хотя это привело к недействительности некоторых частей завещания, в то время как в случае применения только одной обратной отсылки все завещание в целом было бы действительным.

[4] По делу Velasco v. Coney (1934), P. 143, 148, вопрос заключался в том, должно ли аннулирование завещания регулироваться английским правом, согласно которому такое аннулирование было бы недействительным, или же итальянским правом, которое признавало аннулирование действительным. Суд признал, что должно применяться итальянское право (здесь не было renvoi), и в качестве одного из доводов указал, что «суд всегда склонен осуществить намерение завещания». Это, однако, было только мнением судьи, против которого можно возражать.

БИБЛИОГРАФИЯ

Kahn, Abhandl, 1. 7, 124. *Buzzati*, Il rinvio (1898). *E. Potu*, La question du renvoi (1913). *H. Lewald*, La théorie du renvoi, 29 Rec. (1929, IV) 519. *R. de Nova*, 30 Rivista d. dir internaz. (1938) 388, *Lepaulle*, J. Clunet, 1936, 289. *J. P. Bate*, Notes on the Doctrine of Renvoi, 1904. *Abbot*, 24 L. Q. R. (1908) 133. *Lorenzen*, Columb. L. R. 10 (1910) 190, 327; 27 Yale L. J. (1918) 509; 31 Yale L. J. (1922) 191. *Schreiber*, 31 Harv. L. R. (1918), 523. *N. Bentwitch*, Rabel's L., 4, 433; 14 Canad. Bar. R. (1936) 379. *Bates*, 16 Cornell L. Q. (1931) 311. *Falconbridge*, L. Q. R. 46 (1930) 465; 47, 271; (1934) 2 Domin. L. R. 15; Canad. Bar. R. 12 (1934) 135; 17 (1939) 369. *A. Mendelssohn-Bartholdy*, Renvoi in Modern English Law (ред. д-ра Чешайр) 1937. *Griswold*, 51 Harv. L. R. (1938) 1165.

ПРИМЕНЕНИЕ ДРУГИХ ИНОСТРАННЫХ КОЛЛИЗИОННЫХ НОРМ, КРОМЕ RENVOI

196. *«Предварительный» вопрос: проблема применения иностранных коллизионных норм*

I. Так называемый «предварительный вопрос», вернее — «побочный вопрос».

Вопрос о том, имеет ли место renvoi, возникает д о т о г о, как судья установил, какое право следует применить в рассматриваемом им случае. Этот вопрос представляет собой часть процесса, направленного к отысканию права, которое должно быть применено. Как только суд определил (путем ли renvoi или без него), какое внутреннее материальное право следует применить, уже не остается места для какой-либо дальнейшей обратной отсылки (renvoi). Бывают, однако, положения, при которых вопрос, сходный с проблемой renvoi, возникает п о с л е того, как было определено подлежащее применению право; имеется в виду вопрос, о т н о с я щ и й с я к интерпретации того иностранного внутреннего материального права, которым регулируется обсуждаемый случай.

Пример. Греческий подданный, домицилированный в Греции, умирает без завещания, оставив движимое имущество в Англии. Нет сомнения в том, что английский суд, согласно как английским, так и греческим коллизионным нормам, должен применить греческое внутреннее материальное право, и никакого вопроса о renvoi не возникает. Согласно греческому закону о наследовании, определенная часть имущества переходит к жене умершего. Является ли женщина *W*. женой умершего с точки зрения английского суда? Ответ на этот вопрос может зависеть от того, применит ли суд свои собственные или греческие коллизионные нормы, касающиеся брака. Допустим, например, что брак между умершим и *W*. был оформлен в Англии в соответствующем регистрирующем органе без религиозного обряда. Если применить английские коллизионные нормы, по которым форма брака регулируется законом места его соверше-

ния, то необходимо признать английское внутреннее материальное право, и брак будет считаться действительным. Если же решающими будут греческие коллизионные нормы, то действует национальный закон сторон, т. е. греческое право, и брак будет недействительным. Вопрос о действительности брака в таком случае возникает только как побочный вопрос, именно в связи с тяжбой о наследовании. Так как наследование регулируется греческим правом, то можно признать, что английский суд поступает правильно, когда он отвергает свою собственную коллизионную норму и применяет греческую и, таким образом, отказывает *W.* в праве наследования имущества.

Такое решение вопроса является последовательным проявлением той позиции, которой английские суды придерживаются в вопросах, касающихся renvoi: суд озабочен тем, чтобы разрешить спор точно так, как его разрешил бы греческий суд.

С этой же проблемой мы сталкиваемся, когда «основной» вопрос заключается не в наследовании, а в установлении законнорожденности или узаконения, или же касается брака или усыновления, и когда «побочный вопрос»[1] касается не действительности брака, а усыновления или узаконения.

197. Примеры

а) Законнорожденность ребенка зависит от действительности брака между его родителями. Если установление законнорожденности, согласно коллизионной норме английского суда, регулируется правом страны *X*, то коллизионая норма этой страны *X* решит, какому праву подчиняется вопрос о действительности брака[2].

б) Согласно некоторым правовым системам (например, по французскому и германскому праву), усыновление одного лица *Б.* другим *А.* возможно только в том случае, если усыновитель *А.* не имеет собственного законного потомства. Допустим, что английский суд должен вынести решение о действительности усыновления. В этом случае может возникнуть следующий побочный вопрос: является ли данное лицо законным ребенком усыновителя *А.*? Ответ следует найти через коллизионную норму той правовой системы, которая регулирует вопрос об усыновлении, а не через английскую коллизионную норму.

---

[1] Предпочтительнее употреблять термин «побочный вопрос», а не обычно употребляемый термин «предварительный вопрос» (Vorfrage, question préalable), поскольку вопрос является, так сказать, «последующим»: он возникает только после того, как уже установлено, какое право следует применить для решения основного вопроса.

[2] Против, повидимому, Shaw v. Gould (1865) L. R. 1 Eq. 247; (1868) L. R. 3. H. L. 55. Решение по этому делу будет разобрано ниже, § 364. См. также *Cheshire*, 378.

в) Действительность брака между *А.* и *Б.* (который, согласно коллизионной норме английского суда, подчиняется праву домицилия сторон, т. е. праву страны *X*) может зависеть от признания недействительности предшествующего брака, заключенного между *А.* и *В.* Опять-таки, коллизионная норма страны *X* решит, с точки зрения какого внутреннего материального права нужно исследовать брак между *А.* и *В.*

г) Кредитор *Б.* и должник *В.*—оба французы, имеющие свое место постоянного пребывания в Англии; их договор был совершен в Англии и там же подлежит исполнению. Стороны не определили, какому праву подчиняется договор. Друг должника, итальянец *А.*, проживающий в Италии, впоследствии гарантировал уплату долга, и договор поручительства подчиняется итальянскому праву. Когда наступил срок платежа, *Б.* предъявил к поручителю *А.* иск в английском суде (*А.* находился в Англии). Ответчик утверждает, что его обязательство зависит от действительности основного долга, что, согласно *lex fori*, основной долг регулируется английским внутренним материальным правом (поскольку оно является правом места совершения и исполнения договора) и что, согласно английскому праву, договор недействителен, например, ввиду отсутствия встречного удовлетворения. Истец, с другой стороны, доказывает, что, поскольку договор поручительства подчиняется итальянскому праву, английский суд должен, как выразился Герберт Дженнер в связи с делом Collier v. Rivaz[1], рассматривать себя как бы «заседающим в Италии» и что согласно итальянской коллизионной норме, последствия основного обязательства определяются национальным законом договаривающихся сторон при условии, что обе они являются гражданами одной и той же страны; следовательно, применению подлежит французское право, по которому отсутствие встречного удовлетворения не имеет значения. К какой правовой системе следует обратиться для решения побочного вопроса о действительности основного обязательства—к английской или итальянской? Повидимому, имеются основания допустить, что решающей является итальянская норма и что доводы истца обоснованы.

д) Может случиться, что ответ на основной вопрос зависит не от одного, а от двух или более «побочных» вопросов. *А.* умирает без завещания и *С.* претендует на право наследования в качестве его законного сына; его законорожденность может зависеть от действительности брака между его родителями, а действительность этого брака может, в свою очередь, зависеть от недействительности предшествовавшего брака,

[1] (1841) 2 Curt. 855. См. выше, § 188.

заключенного между его отцом и третьим лицом. Основной вопрос касается наследования; на него, согласно английской коллизионной норме, ответ должно дать право домицилия умершего, например, право страны *X*. Все побочные вопросы, возникающие в области внутреннего материального гражданского права страны *X*, вероятно, будут разрешаться английским судом таким же образом, как их разрешил бы суд страны *X*, и, следовательно, не в соответствии с английскими коллизионными нормами.

198. Решение вопроса

Если выраженное выше мнение правильно, общая норма может быть сформулирована следующим образом: при разрешении всех побочных вопросов, от которых зависит ответ на основной вопрос, следует применять не коллизионные нормы суда, а коллизионные нормы, содержащиеся в той правовой системе, которой регулируется «основной» вопрос. Эта норма находит свое оправдание, как и в случае renvoi, в том обстоятельстве, что она в известной мере способствует достижению гармонии между решениями судов, разбирающих дело, с одной стороны, и судов одного или больше иностранных государств—с другой.

199. Возражения

Однако такая международная гармония покупается дорогой ценой внутренней дисгармонии. Вопрос о том, является ли *А.* законной женой *Б.*, может возникать в английском суде в связи с очень различными обстоятельствами. *Б.* может возбудить дело о признании его брака недействительным; в этом случае суд применит право его домицилия в момент заключения брака, скажем, датское право. Суд может также быть призван разрешить претензию его вдовы *А.* в отношении наследования движимого имущества: в этом случае вопрос регулируется правом последнего домицилия *Б.*, скажем, французским правом, и английский суд должен обсудить (как это сделал бы французский суд), приводит ли французская коллизионная норма о браке к внутреннему материальному праву, рассматривающему такой брак как действительный, и так далее. Таким образом, может случиться, что на один и тот же вопрос (о действительности определенного брака) может быть дан один ответ сегодня и совершенно другой ответ завтра. Необходимо, однако, подчеркнуть, что такое отсутствие гармонии имеет место в случаях, относящихся к чисто внутреннему материальному праву. Если, например, домицилированная в Англии магометанская чета живет в полигамическом браке, такой брак не будет признан «браком» в случае возбуждения

дела о разводе, но он, вероятно, будет рассматриваться как брак, когда предметом спора будет вопрос о законнорожденности детей или о праве наследования[1].

200. *Исключительные случаи*

Однако, несомненно, бывают случаи, когда такое принесение в жертву внутренней гармонии для создания международной гармонии становится недопустимым. Предположим, что итальянская пара (Андрей и Берта) вступила в брак, который, с точки зрения всех относящихся к делу правовых систем, является действительным, и что супруги домицилированы в Англии. Берта получает в английском суде приказ о разводе, выданный, в соответствии с английским законом, по мотивам измены ее мужа. Затем обе стороны вступают в новые браки в Англии. Впоследствии Андрей отправляется со своей второй женой (Шарлоттой) в Италию, приобретает там домицилий и умирает, оставив движимое имущество в Англии. Берта и Шарлотта обе претендуют на третью часть этого имущества, которая по итальянскому праву переходит к пережившему супругу. Если английский суд захочет решить это дело точно так же, как это сделал бы итальянский суд, он должен будет рассуждать следующим образом: итальянское право не признает приказов о разводе между итальянскими подданными; следовательно, Берта оставалась женой Андрея вплоть до его смерти; его брак с Шарлоттой был недействительным; то обстоятельство, что Берта возбудила дело о разводе и вступила в новый брак (действительный по английскому праву и недействительный по итальянскому) не лишает ее права на ее третью часть в наследственном имуществе Андрея[2]. Очень сомнительно, примет ли английский суд такого рода соображения. Правда, нет никаких возражений против того, чтобы отвергнуть все претензии Шарлоты: брак между нею и Андреем, хотя и подчиняющийся (согласно английским коллизионным нормам) английскому праву и, следовательно, действительный,—считается недействительным по итальянскому праву, и это обстоятельство исключает для нее какие бы то ни было права на наследственное имущество домицилированного итальянского гражданина, умершего без завещания. Но из этого не следует, что Берта должна наследовать. Нельзя ожидать, чтобы английский суд рассма-

---

[1] См. выше, § 175.

[2] Ст. 757 итальянского гражданского кодекса не применяется. Эта статья гласит: «Права наследования, предоставленные пережившему супругу, не принадлежат супругу, против которого умерший получил приказ о судебном разлучении». Применение этой статьи даже в порядке аналогии недопустимо, так как не умерший получил приказ о разводе с Бертой, а, наоборот, Берта получила такой приказ против него.

тривал брак как существующий, несмотря на им же выданный приказ о разводе, который по этому основанию является вполне правильным[1]. Мы, следовательно, полагаем, что ни Шарлотта (в силу итальянского закона), ни Берта (вследствие английского приказа о разводе) не имеют права на вдовью третью долю[2].

201. *Отклонение (своей) национальной коллизионной нормы в пользу lex situs*

II. Другой случай, когда международное частное право суда уступает место иностранному международному частному праву, можно найти в некоторых континентальных правовых системах и в двух гаагских конвенциях[3]. Там мы находим проявление «самостушевывания» в пользу закона места расположения недвижимого имущества (*lex situs*). По английскому международному частному праву, как мы увидим ниже, правопреемство вследствие смерти регулируется личным законом (правом домицилия) умершего только в отношении его движимого имущества; правопреемство в отношении его недвижимости подчинено *lex situs*, закону местонахождения недвижимости. Многие континентальные государства, как, например, Германия, Швейцария, Италия, Испания, Португалия и Скандинавские страны, отклонили эту точку зрения и полностью приняли римскую правовую концепцию об «универсальном правопреемстве», подчинив правопреемство вследствие смерти одному закону (либо *lex domicilii*, либо *lex patriae*), одинаково как для движимого, так и для недвижимого имущества. Некоторые из этих стран, например, Италия, на практике применяют свою коллизионную норму, несмотря ни на какие постановления закона места расположения имущества[4]. Если бы умерший итальянский гражданин оставил участок земли в Англии, итальянские суды, несмотря на английское право, будут принимать во внимание только итальянский закон о наследовании, хотя они и бессильны подвергнуть принудительному исполнению свой приказ. С другой стороны, некоторые континентальные правовые системы, в частности, германское право, хотя и не восприняли английского принципа,

---

[1] Ср. решение Германского верховного суда в Jur. W. 1912, 642. Это решение базируется на концепции «публичного порядка». См. Lewald, 118; Melchior, 250; Wengler, 225.

[2] См. английское решение по делу Shaw. v. Gould (1868) L. R. 3. H. L. 55; дальше, § 364.

[3] Гаагская конвенция о коллизионных нормах, касающихся опеки, 1902 г., ст. 6, § 2. Гаагская конвенция, касающаяся последствий брака, 1905 г., ст. 7.

[4] Такова, по крайней мере, точка зрения итальянских судов (начиная с 1905 г.). См. *Lewald*, Successions, 29—31.

но делают ему значительную уступку[1]. В тех случаях, когда, согласно *lex situs*, наследование земли, в отличие от наследования движимости, подчиняется закону местонахождения имущества, германское право отказывается от своего собственного принципа и применяет закон о наследовании, действующий в месте расположения недвижимости. Если, например, домицилированный германский подданный оставляет землю в Англии, германский суд поступает в отношении наследования этой земли в соответствии с английским правом.

В английском праве, понятно, нет такой нормы, которая соответствовала бы германской. Оно в ней не нуждается.

БИБЛИОГРАФИЯ

Melchior, Grundlagen, 245. *Wengler*, Rabel's Z., 8 (1934) 148. *Maury*, Règles générales (1930) 230. *A. H. Robertson*, 55 L. Q. R. (1939) 565. *Robertson*, Characterization in the conflict of Laws (1940) 135. *Falconbridge*, 17 Canad. Bar. R. (1939), 369, 377. *Breslauer*, Priv. Intern. Law of Succession (1937), p. 18.

ПРИМЕНЕНИЕ ИНОСТРАННОГО ВНУТРЕННЕГО МАТЕРИАЛЬНОГО ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

202. *Случаи, когда применение национального и иностранного права приводит к одним и тем же результатам*

I. Первой задачей суда является решить вопрос о том, какое право до́лжно применить: свое собственное внутреннее материальное право или какое-либо иностранное право и, в последнем случае, какое именно иностранное право. Часто случается, что закон суда, разбирающего дела, и иностранные законы, относящиеся к делу, все приводят к одному и тому же решению, либо потому, что их постановления идентичны, или же потому, что существующие между ними различия не имеют никакого отношения к спорному вопросу. Пример: согласно одному из этих законов, претензия истца является доказанной на основании действительного договора, в то время как с точки зрения другого закона этот договор считается недействительным, но иск истца является правильным вследствие неосновательного обогащения ответчика. В таких случаях суд может принять свое решение, не отвечая на вопрос о том, какое право следует применить[2], избавившись таким образом от необходимости исследовать, быть может, затруднительную проблему. Это совер-

[1] Германский Вводный закон, ст. 28. Ср. польский Закон о международном частном праве 1926 г., ст. 16.

[2] См. In re Bankes (1902) 2 Ch, 333, 338; In re Hoyles (1911) I Ch. (C. A.) 179, 185.

шенно ясное течение было воспринято повсюду, за исключением практики Германского верховного суда[1].

203. Действующее право. Отмененные иностранные законы

II. Когда суд прибегает к помощи права иностранного государства, он может применять только действующее в данный момент законодательство. Иностранное законодательство, которое было отменено и заменено более поздними юридическими нормами, не должно применяться даже и в том случае, если более поздняя норма окажется неприменимой к обсуждаемому случаю.

Иллюстрации: 1) Германская норма 1932 г. была отменена нормой 1934 г. Английский суд отвергает норму 1934 г. как противную публичному порядку. Он не может применить отмененную норму. Если, однако, отклоненная норма является только исключением из общей нормы, которая еще сохраняет свою силу, суд применит эту общую норму даже и в отношении того случая, который имелся в виду при издании позднейшей (исключительной) нормы. См. выше, § 175 (2).

2) Суд должен применять в с е право, действующее в соответствующей стране,—как законодательные акты, так и обычное право, законы, изданные правительством, существовавшим *de iure* или *de facto*, даже правительством, которое не признано государством, в котором находится суд. Это положение оправдывается следующими соображениями: нормы, которым обычно подчиняются в какой-либо стране и которые применяются её судами, не могут, конечно, иностранным судом рассматриваться, как декреты данного государства, если они изданы правителями, не признанными в качестве представителей этого государства; но эти декреты все же являются правом, как и всякое другое обычное право, базирующееся на действительной практике и на всеобщей вере в то, что такая практика является законом[2].

204. Право государств, в которых отсутствует единая система

III. Если государство, право которого английский суд должен применить, не имеет единой правовой системы и применяет

---

[1] Германский верховный суд не разрешает судам низшей инстанции (судам первой инстанции или апелляционным) оставлять неисследованным вопрос о том, какое право подлежит применению, хотя он сам в своих собственных решениях иногда поступает по принципу, который он осуждает. См., с одной стороны, Германский верховный суд. Off. Coll., 100, 81, и Rabel's Z. I P. Rspr., 1929, № 1 и 3; 1932 № 38 и 122; с другой стороны—Off. Coll., 113, 42; 124, 148.

[2] См. Banco de Bilbao v. Rex (1938) 2 A. E. R. 253; Bank of Ethiopia v. National Bank of Egypt (1937) 3 A. E. R. 8. *Foster*, Théorie anglaise. p. 70 et seq.

различные системы в разных частях своей государственной территории (как это имеет место в Польше, Румынии и Югославии), либо в отношении различных религиозных, расовых или общественных групп населения (Индия), то в таких случаях суд должен будет применять то право, которому, согласно межпровинциальному или интерперсональному праву этой страны, подчиняется данный конкретный случай. Наоборот, иностранный суд может считать, что следует применить национальный закон британского подданного, и английский суд может занять такую же позицию в тех случаях, когда право домицилия через обратную отсылку (renvoi) отсылает к «британскому» праву как к национальному праву заинтересованного лица[1]. Так как в Британской империи не существует никаких межпровинциальных коллизионных норм, суд вынужден будет выяснить, с каким именно владением империи данный случай имеет наиболее реальную связь.

Если лицо, которого касается дело, домицилировано или ранее было домицилировано в какой-либо части империи,— решающим будет закон домицилия; если же это лицо никогда не имело своего домицилия ни в одной части империи—суд может склониться к применению английского права.

205. *Иностранное право должно применяться так же, как оно применяется судами своей страны*

IV. Суд должен применять право иностранного государства совершенно так же, как его применяли бы суды этого государства, со следующими последствиями:

1) Необходимо доказать суду, что право, на котором одна из сторон основывает свое требование или свои возражения против иска, является на деле действующим. Если спор касается вопроса о том, является ли какой-либо определенный закон, как нарушающий конституцию данного иностранного государства, «недействительным», суд вправе исследовать «действительность» такого закона в такой же мере, как и любой обычный суд этого государства. Таким образом, английский суд может исследовать вопрос о том, выходит ли какой-либо американский закон за пределы конституционных полномочий государства, так как американскому суду предоставлено право исследования законов с такой точки зрения. Но такое право не предоставлено английскому суду в отношении французских законов, так как применение последних во Франции не зависит от их соответствия конституции[2]. Подобные вопросы возникают, когда

[1] См. выше, § 128, 129.

[2] См. *Maury*, loc. cit., 70, 71; *Niboyet*, Rev. Ghent, 1928, 771; *F. A. Mann*, 59 L. Q. R. (1943) 156 et seq.

иностранный закон противоречит договору, заключенному с третьим государством; ответ опять-таки зависит от того, применялся ли или применялся бы ли этот закон в стране, где он был издан, несмотря на его несовместимость с договором. Не дело суда настаивать на исполнении обязательств, вытекающих из конвенции, заключенной между двумя иностранными государствами. Если иностранный закон находится в противоречии с соглашением, заключенным государством, суд которого разрешает спорное дело, то суд, вероятно, отвергнет такой закон[1].

2) При толковании иностранных законов английский суд следует тем же принципам, которых придерживается иностранный суд в отношении своих законов, а не принципам, которые он (английский суд) применяет при толковании какого-либо английского закона. Общеизвестно, что английские правила толкования законов резко отличаются от правил, действующих во всех других частях Европы. Так, например, принцип буквального или грамматического толкования, от которого уже отказались на всем континенте, в Англии все еще применяется, если текст закона неясно сформулирован. Этот принцип не должен применяться при толковании континентального закона. В частности, континентальным судам неизвестен английский принцип, по которому суд должен «извлекать» намерение законодателя из самого закона, а не из заявлений, сделанных в парламенте, не из намерений составителей закона или даже не из «общей политики королевства»[2]; этот принцип должен поэтому исключаться, когда английский суд стремится установить смысл иностранного закона.

3) Решения, вынесенные иностранными судами, должны приниматься во внимание. Хотя континентальному праву не известен принцип обязательных прецедентов, решения верховных и апелляционных судов на практике пользуются высоким авторитетом. В своих собственных странах этими решениями обычно руководствуются в такой же мере, в какой английские суды принимают во внимание высказывания английского Высокого суда, решения Палаты лордов по шотландским делам, а также решения Тайного совета. Хотя в принципе суду и не запрещается отвергать определенную интерпретацию иностранного закона, основанную на решении иностранного суда, но это едва ли может когда-либо иметь место, разве только в том случае, если такая интерпретация была подвергнута сомнению в том же иностранном суде.

---

[1] По тем же соображениям, по которым иностранная норма отвергается, если она противоречит публичному порядку данной страны.

[2] Ср. Scranton's Trustee v. Pearse (1922) 2 Ch. 87, 123 (лорд Стёрндэйл).

Пересмотр судом, рассматривающим дело, неправильного толкования закона иностранным судом может быть оправдан лишь в том случае, если текст иностранного закона вполне идентичен с законом, действующим в стране, суд которой разбирает дело.

Пример такого случая можно найти в одном решении бывшего германского высшего коммерческого суда от 1874 г.[1]: суд должен был применить общий для Германии и Австрии закон о векселях 1848 г.; спорный вексель подчинялся австрийскому праву. Поэтому закон 1848 г. должен был применяться как австрийский закон, т. е. как иностранный. По одному отдельному вопросу толкование текста, практиковавшееся австрийскими судами, отличалось от толкования, одобренного германскими судами. Германский высший коммерческий суд не остановился перед тем, чтобы объявить ошибочной австрийскую интерпретацию австрийского закона. Это решение представляется нам правильным[2], так как в данном случае нельзя утверждать, что интерпретация, применявшаяся австрийскими судами, стала частью австрийского обычного права[3].

Такого же взгляда следует придерживаться в тех случаях, когда государство, в котором находится суд, разрешающий спор, и некоторые другие государства заключили между собой конвенцию об унификации определенных норм гражданского и торгового права, как, например, брюссельские конвенции о морском праве, и когда суд должен применять постановления такой конвенции как часть права одного из участвующих в конвенции государства. Суду должна быть предоставлена свобода объявлять ошибочным толкование этого права тем или иным иностранным судом. Цель конвенции заключалась в том, чтобы создать один закон, общий для нескольких государств, и этому должно придаваться бо́льшее значение, чем тому обстоятельству, что формально на базе конвенции были созданы два закона с совершенно идентичным текстом.

---

[1] Reichs-Oberhandelsgericht (Offic. Coll.) 15,207 et seq. См. *Melchior*, p. 91.

[2] Иначе; *Melchior*, loc. cit.

[3] Иное положение создается, когда (например, в Бельгии) французский гражданский кодекс определенным образом истолковывался в течение столь длительного периода, что эта особая интерпретация может рассматриваться как обычное право. Пример: ст. 970 гражданского кодекса гласит, что собственноручное завещание является действительным только в том случае, если оно «целиком написано, датировано и подписано рукой завещателя». Несомненно, что требуемая этой статьей «дата» должна быть правильной датой, и это было правильно установлено французским верховным судом. Однако бельгийские суды, начиная с 1857 г., неизменно придерживались другого взгляда и признавали, что ошибка в дате не имеет значения. При исследовании действительности бельгийского завещания английский суд, вероятно, примет точку зрения бельгийских судов

206. Иностранное право есть «право», а не «факт»

V. Когда суд «применяет иностранное право», то применяет ли он его как таковое, или как часть своего собственного права, или же, наконец, только как факт? Эти вопросы очень часто обсуждались, особенно в Соединенных Штатах и в Италии, однако результатом этого явились только некоторые схоластические тонкости, имеющие незначительную практическую ценность.

Правильный и простой ответ на указанные вопросы заключается в следующем:

1) То, что суд применяет в отношении представленных ему фактических обстоятельств, является «правом», а не фактом. Бессмысленно утверждать, что суд применяет «факт» к фактам. Всякое судебное решение представляет собой силлогизм, в котором большой посылкой служит юридическая норма и ничто другое не может ею быть; малой посылкой является фактический состав дела. Коллизионная норма сама по себе не является достаточной в качестве большой посылки: если мы, например, говорим, что наследование регулируется правом домицилия умершего (большая посылка) и что *X.* в момент своей смерти был домицилирован во Франции (малая посылка), то это приводит к заключению, что наследование в отношении имущества *X.* регулируется французским правом, но не к решению спора, возбужденного перед судом. Для получения окончательного ответа необходим еще второй силлогизм, и в этом случае большой посылкой служит французское внутреннее материальное гражданское право. То обстоятельство, что французское право не является правом, действующим в Англии, не лишает его, даже в Англии, характера права. Таким образом, нет сомнения в том, что суд при применении второго силлогизма «применяет» французское право как подлинное право, точно так же как он применил бы английское право, если бы *X.* имел английский домицилий[1].

2) Применяемое право является иностранным правом и остается иностранным правом. Это положение отвергалось некоторыми авторами на том основании, что право, которое не действует в какой-либо стране (скажем, в Италии), не может порождать никаких юридических последствий (*effetti giuridici*) в другой стране; поэтому иностранное право должно стать частью местного (национального) права той страны, в которой оно при-

[1] Все сказанное настолько очевидно, что самое упоминание об этом нуждается в оправдании. Это оправдание заключается в том, что все еще время от времени встречается утверждение, что «английский суд применяет иностранное право как факт».

меняется[1]. Простая истина заключается в том, что суд, применяя иностранное право, подчиняется своей национальной коллизионной норме, но он ни в каком смысле не превращает это иностранное право в часть своего национального права. Возьмем для иллюстрации область лингвистики: если многие проживающие в Англии итальянцы при общении между собой и с некоторыми своими английскими друзьями говорят по-итальянски, то от этого итальянский язык не становится «английским языком».

207. Иностранное право, рассматриваемое как факт

VI. Хотя иностранное право, подлежащее применению судом, остается правом, оно все же в некоторых отношениях трактуется далеко не так, как собственное (национальное) право суда. Это происходит потому, что нельзя ожидать, чтобы судья знал иностранное право так же, как он знает свое собственное. Необычная трактовка иностранного права проявляется:

1) Раньше и больше всего в том методе, по которому оно устанавливается. В этом отношении наблюдается некоторое разнообразие. В некоторых континентальных странах, например, в Германии и Австрии, обязанностью судьи является исследование вопроса о том, какое право он должен применить; эта обязанность вытекает из высокого служебного долга судьи (*nobile officium judicis*). Он может требовать для этого помощи от тяжущихся сторон, которые в этом случае (только по требованию судьи) должны доказать[2] содержание иностранного закона. Судья, однако, ни в коем случае не ограничен возможностью пользоваться только тем правовым материалом, который ему представляют стороны. Он может дополнять его, обнаруживая иностранные судебные решения, которые были упущены из виду сторонами, углубляясь в правовую литературу иностранного государства, и т. д.

Даже когда стороны достигают соглашения относительно содержания иностранного права, судья вправе разъяснить им, что это право представляет собою не то, что они думают, и он может применить это право таким, каким оно в действительности является. Автор настоящей книги столкнулся с такого

---

[1] Итальянская точка зрения хорошо объяснена *Ago*, 107, и *Fedozzi*, 162. См. *Maury*, 57. Американская Local Law Theory (теория местного права)— фактически то же самое, что и итальянская доктрина, хотя она и исходит из другой точки зрения. См. особенно *W. W. Cook*, *F. J. de Sloovère*, *Lorenzen*, *P. Wigny*, loc. cit.

[2] Германский гражданский процессуальный кодекс, § 293, избегает, однако, употребления термина «доказать» (beweisen), так как в этих случаях нет необходимости в доказательстве в юридическом смысле. Он свободно употребляет термин «удостоверить»—nachweisen (demonstrate, prove).

рода случаем. Подлежало применению бельгийское право; адвокаты обеих сторон утверждали, что бельгийское право почти всегда сходно с французским и что нет никаких оснований предполагать, что эти две системы расходятся в данном конкретном случае. Германский судья, не удовлетворенный такой необоснованной аргументацией, запросил мнение исследовательского института иностранного права и узнал, что в Бельгии был издан новый закон, который внес существенное изменение в прежний текст гражданского кодекса.

208. Английская доктрина

Английское право по всем этим вопросам восприняло противоположный взгляд[1]. Английские суды рассматривают иностранное право как находящийся вне права факт, знания которого нельзя требовать от судьи. Судья не прибегает, как это принято, например, в Германии, только к помощи сторон или их адвокатов при установлении содержания закона; стороны должны «доказать» иностранный закон так же, как они доказывают собственно факты.

Иностранное право не относится к числу фактов, «известных суду»[2]. Если судья случайно знает это право, такое знание остается его чисто частным делом, так же, как если бы ему были известны другие факты, о которых ни одна из спорящих сторон ему не сообщала. Он не вправе решать дело, руководствуясь сведениями, добытыми частным образом. Поэтому, если один и тот же правовой вопрос, касающийся одного и того же иностранного права, возникает по двум делам, принятым к рассмотрению одним и тем же судом,—суд при рассмотрении второго иска не вправе ссылаться на то, что он узнал из показаний экспертов в судебном заседании по первому делу, и таким образом избежать утомительного и дорогостоящего повторения: «Суд должен действовать, исходя из имеющихся у него доказательств по данному конкретному делу»[3]. Если стороны будут согласны

---

[1] Французское право сходно с английским, но оно более гибко. Решения см. *Maury*, p. 79, No. 6; *Bartin*, I. 279; *Niboyet*, Manuel, p. 609.

[2] В Соединенных Штатах федеральные суды должны рассматривать право каждого из штатов США как факты, известные суду (Restatement, § 624). Согласно Uniform Judicial Notice Act, 1936 (принятому четырнадцатью штатами), суды штатов должны рассматривать законы других штатов как факты, известные суду. *L. E. Hartwig*, 40 Michig. L.R. (1941), 174; *Taylor*, 42 Michig. L. R. (1943) 516; относительно Нью-Йорка см. Cornell L. Q., 1941, 502. Суды штатов, в которых этот единый закон не был принят, считают, что право братских штатов известно суду только в тех случаях, когда закон это предписывает. *Beale*, III, 1665.

[3] См. Lazard Bros. v. Midland Bank (1933) A. C. 289, 298. In re Marseilles Extension Ralway and Land Co. (188[illegible]) 30 Ch. D. 598, 602, судья (Пирсон) выразил сожаление о том, что он не может использовать заключение, предоставленное французским юристом по другому, ранее предъявленному

относительно содержания иностранного закона, суд, вероятно, примет их взгляд, как он принимает факты, относительно которых имеется согласное мнение сторон[1]. Судья, конечно, вправе обратить внимание адвоката на некоторые положения иностранного права, которых последний не приводит в своих объяснениях. Но если адвокат не реагирует на такой намек, судья, вероятно, не воспользуется этими положениями.

Иностранное право доказывается посредством показаний экспертов; от обстоятельств зависит, какие именно лица признаются подходящими для дачи таких показаний. Иностранные адвокаты или другие юристы, которые фактически имеют или, по крайней мере, имели юридическую практику в соответствующей стране, обычно рассматриваются как наиболее квалифицированные свидетели[2]: академическое изучение права не считается достаточным[3]. Один американский суд, однако, допустил для показаний по английскому праву юриста, обладавшего в этой области познаниями, которые он приобрел в течение шести месяцев занятий в Англии, а другой американский суд признал компетентным для разъяснения французского права юриста, окончившего Парижский университет[4]. Английские суды не решились бы придерживаться такого образа действия. С другой стороны, не всегда необходимо, чтобы эксперт-свидетель был обязательно юристом. Когда предполагается, что деловые люди, капитаны судов или секретари страховой компании обладают познаниями и пониманием исследуемой области права, они также допускаются в качестве экспертов[5]. Казалось бы, что система трактовки иностранного права как внеправового явления в целом и, в частности, ограничение права суда

иску; при этом он добавил: «Я не могу внести в это дело доказательство, которое было дано по другому делу». См. Ottoman Bank v. Chakarian (1938) A. C. (P. C.) 260, 279, и *Lewald*, Contrôle des Cours Suprêmes, 94—96.

[1] По делу Koechlin v. Kessenbaum (1927) I K. B. 622, судья (Раулет), после того как он выслушал довольно путаные показания о французском праве (см. Bankes, L. J., p. 894), объявил: «Хотя я и признаю, что эти показания меня удивили, но они не были противоречивыми, и я их принимаю, чтобы использовать для данного решения». См. *Avory*, *J.*, p. 900.

[2] Иногда, однако, проявляется некоторое сомнение в беспристрастии иностранных юристов, и судья Брюс в решении по делу Guerpalte v. Young (1851) 4 De Gex. and Sm., 217, 227, говорил об «экспертах-свидетелях, не без основания изображаемых как cupidi testes (пристрастные свидетели), какими могут быть достойные люди». См. также выше, § 205. Замечания лорда Крэнворта по делу Doglioni v. Crispin (1866) I H.L. C. 301, 314.

[3] Bristow v. Sequeville (1850) 19 L. J. Ex. 289.

[4] *Beale*, III, 1671, notes 2,3.

[5] Vander Donckt v. Thelluson (1849) and C. B. 812, 824. См. также *Cheshire*, 130, 131, *Beale*, loc. cit. Можно, однако, спросить: допускает ли суд в качестве эксперта по медицине аптекаря, костоправа, акушерку, массажиста или знахаря.

ссылаться на свою осведомленность в иностранном праве несовместимы с повседневной практикой суда, когда он, исследуя чисто английское право, проводит параллели с иностранными законами, цитирует американские решения и основывает свои собственные решения на взглядах, изложенных в этих источниках. Английский (и американский) метод исследования иностранного права, по выражению одного американского судьи, является «анахронизмом, унаследованным от тех времен, когда законы других государств еще не были легко доступны»[1]. Даже такие легко доступные источники, как законы Шотландии, Южной Африки, Индии, Австралии и королевских колоний, трактуются английскими судами как внеправовые явления. Правда, шотландское право в палате лордов должно рассматриваться как право даже по английским делам, но в судах низших инстанций оно рассматривается только как факт[2].

Из этого принципа существует только одно исключение: начиная с 1920 г.[3] решения относительно иностранного права как «факта» уже больше не выносятся присяжными заседателями; задача определения этого права отнесена к компетенции судьи. Это первый шаг по пути к лучшей системе, первое признание подлинной природы иностранного права как права.

209. Если иностранное право не доказано

Остается еще рассмотреть вопрос о процедуре, к которой должен прибегнуть суд в тех случаях, когда сторонам не удается доказать действительное содержание иностранного закона; неполнота доказательств может выражаться в этих случаях в нескольких отличных друг от друга формах. Может случиться, что стороны доказали, каков был иностранный закон в некоторое определенное время в прошлом. В таком случае суд, вероятно, прибегнет к общему принципу, в соответствии с которым все то, что уже существовало, презюмируется сохраняющим свою силу, если не будет доказано противное[4]. Это помогает суду достигнуть относительно данного закона если не определенности, то, по крайней мере, некоторой вероятности. Мы полагаем, что было бы, вообще говоря, правильно, если бы суд удовлетворялся установлением только вероятного содержания

---

[1] Дело Hammond Motor Car Co. v. Warren (Kansas), цитируемое у *Beale*, III, 1666, note I. Трактовка иностранного права как факта возвращает нас ко временам статутариев; *Catellani*, I. 341.

[2] Elliot v. Joicey (1935) A. C. 209, 236.

[3] Administration of Justice Act, 1920 г. (108 and 11 Geo. V, c. 81) s. 15, ныне заменен Supreme Court of Judicature Act, 1925 (15 and 16 Geo. V. c. 49), s. 102. Та же норма была введена в Америке в American Uniform Judicial Notice Act, 1936. См. выше, стр. 242, прим. 2. 49 Michig. L. R. (1941) 174.

[4] Судья Грей по нью-йоркскому делу In re Gehrig's Estate, 126 N. Y. 537, 27 N. E. 784 (1891); *Beale*, III, 1685, 1686.

закона в тех случаях, когда нельзя достигнуть полной определенности[1]. Поскольку известно, что английское общее право оказало большое влияние на все сорок восемь систем общего права Соединенных Штатов, то казалось бы разумным как для английских, так и для континентальных судов исходить из презумпции, что любая из этих правовых систем включает в себя те же нормы общего права, что и английское право.

По одному германскому делу, которое, однако, не получило судебного решения, спорный вопрос заключался в том, какое право предоставляет эквадорский закон лицу, которого отец лишил по завещанию обязательной доли в отцовском наследстве. В то время—вскоре после войны 1914-1918 гг.—невозможно было получить эквадорский гражданский кодекс. Было, однако, известно, что этот кодекс основан на чилийском гражданском кодексе (который был построен по образцу кодекса Наполеона), и его применение было бы ближе к правильному решению, чем применение lex fori (германского права)[2].

Указывалось на то, что такой метод применения иностранного права совершенно произволен и его применение может привести к неправильному выводу. На это можно ответить, что применение *lex fori* часто определенно приводит к неправильному решению. Если мы, например, изменим фактические обстоятельства изложенного выше дела и предположим, что иск был предъявлен в английском суде, то результат, который был бы достигнут в случае вынужденного применения английского права, был бы даже еще более несправедлив, ибо общеизвестно, что во всем мире только английское и американское право отвергают любую форму обязательной доли.

Действующее право большинства стран, однако, не следует предложенному здесь методу. Если подлежащее применению право не может быть точно доказано, суд:

а) либо выносит решение против той стороны, на которой лежало бремя доказывания и которая, таким образом, не выполнила своей обязанности; б) либо применяет свое национальное

---

[1] См. *Melchior*, 423; *Maury*, p. 77.

[2] Германский гражданский кодекс, § 2303. Согласно германскому закону, лица, имеющие право на обязательную долю, не имеют права стать «наследниками» умершего и собственниками его наследственного имущества, как это имеет место во французском праве и во всех происходящих от него правовых системах; такие лица могут только предъявить к наследникам по завещанию денежную претензию, равную стоимости половины той законной доли, которую они получили бы при отсутствии завещания. Всякий хорошо осведомленный континентальный юрист знает, что странная германская (и австрийская) система законной (обязательной) доли не была воспринята ни одной правовой системой.

право. Первый из указанных методов применяется в Германии[1]; он коренится в старой и неправильной концепции, в соответствии с которой иностранное право имеет только характер факта. Второй метод имеет своим основанием соображения крайней необходимости и принят в большинстве стран. Его применение приводит к результату, противоположному цели международного частного права, заключающейся в достижении гармонии решений; но его, все же, возможно, следует предпочесть первому методу.

Английское право восприняло второй метод[2]. Оно даже, вместо того чтобы рассматривать этот метод как неизбежный, хотя и достойный сожаления выход, возводит его в высокий ранг презумпции. «Презюмируется», что иностранное право сходно с английским[3]. Даже когда всем известно, что оно отличается от английского права (хотя его точное содержание спорно), все же презюмируется, что оно такое же, как английское. В действительности эта презумпция означает, что если содержание иностранного права не может быть установлено сторонами в такой мере, чтобы удовлетворить суд, то он применяет английское право.

210. *Обжалование решений по вопросам иностранного права в верховный суд данной страны*

2) В некоторых странах иностранное право рассматривается как факт в том смысле, что неправильное его применение не может служить основанием для обжалования в верховный суд данной страны. Это правило связано с континентальной судебной системой: ни в одном из государств европейского континента, за исключением только Скандинавских стран, верховные суды не являются судами «апелляционной» инстанции, как это имеет место в Англии, а только кассационными инстанциями или судами для ревизии решений; они не пересматривают решений низших инстанций по вопросам факта, а ограничивают свою роль лишь рассмотрением правовых выводов, сделанных на основе данного фактического состава. Поэтому во всех этих странах возникает вопрос о том, является ли решение по вопросу иностранного права решением о факте или решением о праве.

---

[1] *Zitelmann*, IPR, I, 281 et seq., *Stein*, Kommentar z. Zivilprozessordnung, § 293, note 22. Reichs-Oberhandelsgericht (Offic. Coll.) 25, 53 et seq.

[2] Male v. Roberts (1800) 3 Esp. 163. См. также Earl Nelson v. Lord Bridport (1845) 8 Beav. 527.

[3] Brown v. Gracey (1821) Dow and Ry. N. P., 41, n. Smith v. Gould (1842) 4 Moore P. C. 21, 25. Lloyd v. Guibert (1865), L. R.I Q. B. 115. 129. R. v. Naguib (1917) I K. B. 359, 362. Ertel Bieber and Co и Dynamit Aktiengesellsch. v. Rio Tinto Co. (1918) A. C. 260, 297, 301. Tank of Oslo v. Agence Strauss (1940) I A. E. R. 40, 42.

В большинстве стран решение по вопросу иностранного права рассматривается как решение по вопросам факта, и, следовательно, оно не подлежит пересмотру в порядке *кассации* или *ревизии*. Такая точка зрения, в частности, принята во Франции[1], Германии, Швейцарии, Испании, Греции и в Нидерландах, по тем соображениям, что верховные суды были созданы для того, чтобы обеспечить правильное и единообразное толкование права данной страны.

Наилучшим методом было бы, если бы ошибки в отношении иностранного права рассматривались как то, чем они в действительности являются, а именно: как ошибки в области права, и, следовательно, разрешалось бы принесение кассационной жалобы (pourvoi en cassation). Так поступают Италия, Россия[14], Португалия и, особенно, Австрия[2].

Для английского права эта проблема не существует в отношении решений Высокого суда[3]. Палата лордов не лишена права исследовать вопросы факта. Она по нескольким делам пересмотрела применение иностранного права[4].

211. *«Принятие во внимание» иностранного права без его «применения». Коллизия обязанностей*

VII. Иногда суд обязан принимать во внимание какую-либо норму иностранного права, «применение» которой не требуется его коллизионной нормой. Такое положение имеет место:

1) Когда расхождение между не подлежащим применению иностранным правом и применяемой нормой создает для стороны *коллизию обязанностей* (conflict of duties). Такая коллизия возникает, когда для данного лица, согласно закону, подлежащему применению, создается обязанность выполнить определенное действие, от совершения которого оно, в силу какого-то другого закона, обязано воздержаться, или, наоборот,—при условии, что между этим лицом и этим вторым законом существует связь, достаточная для того, чтобы

---

[1] Имеется одно любопытное исключение: если в результате ошибочного толкования иностранного закона оказался неприменимым французский закон в области финансового права, то допускается принесение кассационной жалобы со стороны казначейства. *Niboyet*, Manuel, № 482, III. См. *H. Lewald*, Le contrôle des Cours suprêmes sur l'application des lois étrangères (57 Rec. (1936, II) 281).

[2] В известном австрийском гражданском процессуальном кодексе 1895 г., § 503. Австрийская норма была воспринята Чехословакией, Польшей и Югославией, *Lewald*, loc. cit., p. 290 et seq.

[3] Принесение апелляционных жалоб в апелляционный суд по существу решений судов первой инстанции исключается. См. County Courts Act, 1850 (13 and 14 Vict., C. 61), s. 14.

[4] Russian Commercial and Industrial Bank v. Comptoire d'Escompte de Mulhouse (1925) A. C. 112, 126. Lazard Bros. v. Midland Bank (1933) A. C. 289, 298. *Lewald*, 299 et seq.

воздействовать на его поведение. Эта связь может возникнуть в силу гражданства лица, или потому, что это лицо имеет собственность на территории, где действует не подлежащий применению закон, или когда дело одновременно подсудно суду другой страны, где данное лицо может быть привлечено к ответственности. Так как в этих случаях невозможно подчиниться обоим законом, заинтересованному лицу должно быть разрешено не подчиниться какому-либо одному из этих двух законов. Нельзя определить точной формулой, какой именно из двух правовых систем можно не подчиниться. Это зависит от конкретных обстоятельств, от обязанностей данного лица, определяемых его подданством, или обязанностей его как резидента какой-либо страны, а также от того, с какими странами связывает данное лицо свои имущественные интересы. Несколько примеров помогут внести ясность в этот спорный вопрос:

а) До войны 1914—1918 гг. немец заключил договор с английской компанией. Когда началась война, компания отказалась от дальнейшей поставки товаров на том основании, что исполнение договора противоречило бы английскому закону о торговле с врагом. Германская сторона правильно утверждала, что договор подчинен германскому праву и что, во всяком случае, английский запрет не может в данном случае «применяться», как несовместимый с германским публичным порядком. Был предъявлен иск об убытках. Германский верховный суд[1] вынес решение в пользу ответчика. Хотя английский закон о торговле с противником и не подлежал применению, он должен был быть принят во внимание; нельзя было требовать, чтобы английская компания нарушила этот закон. Такое же решение было бы вынесено и в том случае, если бы товары, которые английская компания обязана была поставить, к началу войны находились в Швейцарии и, следовательно, их поставка истцу была бы «возможна».

б) Существует английская норма, согласно которой договор является или становится недействительным, если его исполнение является или становится незаконным с точки зрения права страны, в которой исполнение должно иметь место[2]. Эта норма[3] представляет собой только частный пример выраженного здесь принципа. Нельзя требовать исполнения, ссылаясь на закон, свойственный данному договору, если такое исполнение запрещено законом места исполнения договора. Такова точка зрения также и континентального права.

---

[1] Герм. верх. суд, Offic. Coll., 93, 182.

[2] Ralli Bros. v. Compañia Sota y Aznar (1920) I K. B. 614; 2 K. B. 287. Foster v. Driscoll (1929) I K. B. 470. International Trustee v. Rex (1936) 3 A. E. R. (C. A.) 407, 425.

[3] См. об этом дальше, § 425.

в) Германская женщина, домицилированная в Люцерне, умерла в 1920 г., оставив два завещания. В первом своем завещании она назначила наследницей свою племянницу и возложила на нее выплату ряда легатов в пользу *А.*, *Б.*, *В.* и *Г.* Во втором завещании она повторила назначение племянницы своей наследницей, внесла некоторые изменения в отношении размеров легатов в пользу *Б.*, *В.* и *Г.* и добавила еще легаты в пользу *Д.* и *Е.*; о легате в пользу *А.* в этом завещании ничего не сказано. Возникло сомнение относительно того, следует ли считать легат в пользу *А.* отмененным новым завещанием или же сохранившим свою силу, несмотря на то, что это завещание об этом умалчивает. Согласно внутреннему швейцарскому праву, правильным является первый ответ, по германскому же праву—второй[1]. Завещательница оставила имущество и в Германии и в Швейцарии. Проживавший в Германии исполнитель завещания (душеприказчик) не знал, как ему следует поступить. В случае возникновения судебного спора германский суд, если бы он разрешал этот спор, применил бы национальный закон завещательницы, т. е. германское право, и, следовательно, вынес бы решение в пользу *А.* Однако швейцарский суд применил бы право домицилия, т. е. швейцарское право, и, следовательно, вынес бы решение о недействительности легата в пользу *А.* Если душеприказчик выплатит значительную сумму, завещанную *А.*, наследница возложит на него ответственность в Швейцарии за нарушение правовой нормы, которая, как это ему было известно, подлежала в данном случае применению в Швейцарии. С другой стороны, если он не выплатит легата, он может быт уверен в том, что *А.* предъявит к нему иск в германском суде, который вынесет решение в пользу истца и признает душеприказчика ответственным за все убытки, могущие возникнуть из просрочки выплаты легата, так как такая просрочка (как это опять-таки известно душеприказчику) по германскому праву рассматривается как нарушение обязательства. Ему предложили разрешить свою коллизию обязанностей следующим образом: выплатить *А.* легат из имущества, находящегося в Германии; если бы оказалось, что этого имущества недостаточно для покрытия всей причитающейся *А.* суммы, то разница не могла бы быть выплачена из имущества, находящегося в Швейцарии. Этот выход основан на том, что ни одно государство не должно рассматривать действие, совершенное в другой стране, согласно законам этой страны, как нарушение обязанности[2].

---

[1] Швейцарский гражд. кодекс, ст. 511. Германск. гражд. кодекс, § 2258.

[2] См. высказывания судьи Кокберн по делу Phillips v. Eyre (1869) L. R. 4 Q. B. 225, 239: «Какое-либо действие может не только быть закон-

212. *Коллизия между правом и обязанностью*

2) Расхождение между правом (law), «подлежащим применению», и другой (неприменимой) правовой системой иногда приводит еще к одной коллизии: коллизии между правом (right) и обязанностью. Было бы неправильно считать, что в таком случае обязанность всегда имеет преимущество. Если какое-либо лицо, имеющее, согласно иностранной норме, право действовать определенным образом, осуществляет это свое право в соответствующем иностранном государстве, суд другой страны, как правило, не может упрекнуть это лицо в нарушении его собственного закона. Приведем пример:

Согласно Закону о несостоятельности (Bankruptcy Act) 1914 г.[1], все имущество несостоятельного лица, «находящееся как в Англии, так и в любом другом месте», переходит к доверительным собственникам. Если один из кредиторов предъявляет к несостоятельному лицу иск во французском суде, налагает арест на его имущество, находящееся во Франции, и из него покрывает платежи, то это, конечно, противоречит английской норме. Но, поскольку это допускается во Франции по французскому закону, этот кредитор может удержать то, что он получил, при условии, что он не будет пытаться доказать в английском суде, что его «вовсе не касается английская процедура конкурса»[2].

БИБЛИОГРАФИЯ

Annuaire de l'Institut, 8 (1886) 265; 9 (1888) 305; 10 (1892) 333. *Darras*, J. Clunet, 1901, 209, 442, 672. *Niboyet*, Rev. Ghent, 1928, 753. *Appert*, Rev. Darras, 1913, 338. *Van der Flier*, J. Clunet, 1936, 1053. *Battifol*, Rev. Crit., 1936, 597. *Maury*, Règles génér., 52. *Melchior*, Grundlagen, 81, 418. *Dodds*, 39 Harv. L. R. (1925) 533. *Cook*, 33 Yale L. J. (1924) 457. *Lorenzen*, ibid., 736. *De Sloovere*, Local Law Theory, 41 Harv. L. R. (1928) 421. *Wigny*, Essai, 175.

ным с точки зрения закона другой страны, но даже предписываться этим законом; в то же время это действие может нашим законом рассматриваться как незаконное и давать право на иск. Было бы в высшей степени несправедливо, если бы лицо, стремящееся подчиниться обязательному для него закону, было признано ответственным за убытки, возникшие в другой стране, где может действовать другой закон. Противоположное утверждение противоречило бы той международной вежливости в области права, которой следует по возможности придерживаться».

[1] 4 and 5 Geo. V., c. 59, s. 167.

[2] Banko de Portugal v. Waddell (1880) L. R. 5, App. Cas., 161, 167 (per Lord Cairns, quoting Lord Eldon). Сомнительно, однако, что такое решение всегда будет правильно. См. об этом дальше, § 585.

ПРИНУДИТЕЛЬНОЕ ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ ПРАВ

САМОПОМОЩЬ И СУДЕБНАЯ ПРОЦЕДУРА

213. Самопомощь

Во всех цивилизованных странах существует правило, по которому никто не вправе сам принуждать к выполнению закона, т. е. исправлять причиненный ему ущерб, не прибегая к судебной процедуре. Из этого правила имеются, однако, исключения. К их числу относятся, например, право владельца изгонять нарушителя границ владения, устранять какие-либо помехи к владению или, в пределах определенного срока, восстанавливать свое владение недвижимым имуществом, которого он был лишен. Случаи, в которых такая самопомощь допускается, в различных странах различны. Германское право, например, разрешает ее во всех случаях, когда налицо опасность полной невозможности или серьезного воспрепятствования принудительному осуществлению права, при условии, если «помощь публичных властей не может быть получена достаточно быстро»[1]. Английское право не заходит так далеко.

Вопрос о том, имеются ли те условия, при наличии которых заинтересованное лицо вправе само принудить к осуществлению принадлежащих ему прав, разрешается не по закону, регулирующему находящееся под угрозой права, но по закону того места, где это лицо пытается принудительно осуществить свои права, ибо акт насилия, в первую очередь, является нарушением спокойствия, и поэтому то государство, на территории которого этот акт совершается, должно сказать, оправдывает оно его или нет.

214. Судебная процедура. Уведомление о процедуре

Нормальным путем для принудительного осуществления права является судебная процедура. Такая процедура, так же, как самопомощь, регулируется исключительно правом той страны, в которой она имеет место, т. е. здесь действует *lex fori*. Эта норма действует в любой стране. Не всегда легко отличить процессуальные нормы от норм материального права. Но это все же необходимо сделать, так как вопросы материально-правового характера регулируются по *lex causae**, например, по закону, свойственному данному договору, по закону домицилия, по закону местонахождения имущества и т. д. Является ли, например, норма об исковой давности или о зачете нормою процессуального или материального права? Относится

[1] Германский гражданский кодекс, § 229. Также швейцарский Закон об обязательствах, ст. 52, § 3.

* Определение см. на стр. 175. (*Прим. перев.*)

ли бремя доказывания и опровержения презумпции[1] к первому или ко второму порядку норм? Является ли эстопель (estoppel) вопросом представления доказательств и, следовательно, процессуальным вопросом? К какому виду норм относится норма, содержащаяся в ст. 44 Закона об обманных действиях (Statute of Frauds), согласно которому «никакой иск не может быть предъявлен» из определенных договоров, если они не доказаны посредством записи или меморандума в письменной форме? Или к какому порядку относятся нормы, касающиеся размера убытков или исполнения в натуре? Трудности при квалификации норм и правовых институтов этого рода возросли в связи с тем обстоятельством, что нормы бесспорно материально-правового характера иногда облекаются судами или даже законодателем в форму приказов судам действовать определенным образом или принимать во внимание определенные обстоятельства. Юридические нормы о толковании договоров (например, норма, по которой неясное условие в договоре должно толковаться против той стороны, которая его включила) часто издавались в форме инструкций, адресованных судам, между тем как нет никакого сомнения в том, что они относятся к материальному праву сторон в договоре.

215. Субъективное право (right) и средство его защиты (remedy)

Многие юристы пытались создать какую-нибудь общую и простую формулу, которая давала бы возможность распознавать характер данной юридической нормы. Ни одна из этих попыток не увенчалась успехом. Наиболее употребительная английская формула, с которой мы снова и снова сталкиваемся, исходит из различия между субъективным правом (right) и средством его защиты (remedy). Все то, что относится к самому праву,—условия, при которых оно возникает, сфера его действия, изменения, которым оно подвергается путем договора или в результате его нарушения, прекращение права—все это относится к области материального права, между тем как нормы, касающиеся средств защиты права, рассматриваются как процессуальные. Но самое понятие средства защиты—«remedy»—далеко не ясное и не определенное. Например, в образцовой работе Ансона о договорах упоминается о четырех видах «remedy» при нарушении договора[2]: требование «quantum meruit», иск об убытках, исполнение в натуре, носящее дискреционный характер, и судебный запрет (injunction). Верно ли, что пер-

---

[1] Неопровержимые презумпции (praesumptiones iuris et de iure), несомненно, носят чисто материальный характер, так же как и юридические фикции.

[2] См. *Ансон*, Основы договорного права. Москва, 1947, стр. 376 и след.

вый и второй из перечисленных видов remedy носят процессуальный характер? Отличает ли их что-либо от подлинных субъективных гражданских прав, существующих в силу некоторых постановлений закона? То обстоятельство, что иск имеет своим предметом убытки, сумма которых еще подлежит установлению, едва ли является достаточным основанием для того, чтобы отрицать, что исковое требование по своей природе является субъективным гражданским правом. Во всяком случае, не возникает, кажется, никаких сомнений относительно того, что когда договор регулируется иностранным правом, то именно это право, а не lex fori, должно ответить на вопрос о том, к какой области относится требование об убытках.

216. *Отношения между сторонами и отношения между судом и сторонами*

Континентальные авторы дали на указанный выше вопрос несколько иной, но сходный ответ: отношения, существующие между самими сторонами, в частности их обязанности в отношении друг друга, регулируются материальным гражданским правом, между тем как обязанности и права суда как в отношении сторон, так и в отношении третьих лиц (свидетелей и т. п.) составляют сферу процесса[1]. Это различение не может, однако, служить верным критерием. Вопрос о способности какой-либо претензии быть предметом иска некоторыми юристами относится только к области отношений между судом и сторонами; другие же полагают, что этот вопрос касается главным образом отношений между самими сторонами. Было бы неправильно, если бы в каждом отдельном случае решение зависело от того, придерживается ли суд первой или второй из приведенных выше точек зрения. Некоторые философы развивали ту мысль, что при более близком изучении оказывается, что все предписания закона, как такового, обращены не к отдельным лицам, а к судам и к исполнительным органам государства, и что обязанность должника уплатить свой долг кредитору представляет собой юридическую обязанность подчиниться приказу суда. Может ли судья, разделяющий этот взгляд, сделать из него тот вывод, что все субъективные гражданские права в действительности относятся к сфере remedies (процессуальных правомочий), основанных на отношениях между судом и сторонами, и, следовательно, всегда применять свой закон—*lex fori*? Было бы большой переоценкой правовых концепций, если бы вытекающие из них практические результаты рассматривались как руководящие принципы человеческого поведения.

[1] См., например, *A. Wach*, Civilprocessrecht (1895) I. 118.

217. Соображения в пользу подчинения процессуальных вопросов закону суда (lex fori)

Мы видели, что справедливость часто требует применения иностранного закона для того, чтобы защитить определенные права, приобретенные в силу иностранного закона, или какие-либо иные правовые позиции, заслуживающие защиты. Но справедливость не требует, чтобы такая защита оказывалась таким же точно способом, как это сделал бы иностранный суд. Наоборот, одним из постулатов справедливости является положение, по которому суды какой-либо данной страны следуют своим собственным общим процессуальным нормам, независимо от того, подчиняется ли предмет судебного спора иностранному материальному праву или материальному праву этой страны. Если закон страны X разрешает свидетельские показания, основанные на слухах, или запрещает сторонам давать показания, английский суд, тем не менее, будет следовать своим собственным нормам, регулирующим эти вопросы, хотя бы ему и надлежало вынести решение по договору, подчиняющемуся праву страны X, и если бы даже применение процессуальных норм страны X могло привести к иному решению, чем решение, вынесенное английским судом. Противоположная ситуация была бы не только неудобною для английского суда,— она также породила бы несправедливость в результате неравного отношения к тяжущимся по обсуждаемому нами судебному иску, с одной стороны, и к тяжущимся по другим искам— с другой. Английские суды могут применять только такие иностранные нормы,—даже если они построены как процессуальные нормы,—которые настолько тесно связаны с подлежащими применению материальными нормами иностранного государства, что без их применения это материальное право могло бы оказаться извращенным.

Смысл сказанного можно иллюстрировать исследованием нескольких специальных проблем.

БИБЛИОГРАФИЯ

Michel, Rev. Darras, 1912, 302. *Neuner*, Privatrecht und Processrecht, 1925. *W. W. Cook*, Substance and Procedure, 42 Yale L. J., 333; *E. H. Ailes*, 39 Michig. L. J. (1941) 392. *M. Schoch*, Klagbarkeit, Prozessanspruch u. Beweis, 1934. *Mendelssohn-Bartholdy*, Brit. Y. B., 1935, 20. *Gutteridge*, Rec. 44, 115 и Brit. Y. B., 1932, 49.

ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

1. Закон об обманных действиях

218. Закон об обманных действиях (Statute of Frauds)

По германскому праву для договора поручительства требуется письменный акт, подписанный поручителем; при невы-

полнении этого требования договор считается недействительным, если только он не будет торговою сделкою[1]. По английскому праву (Statute of Frauds) для такого договора также требуется письменная форма, но не как обязательное условие его действительности, а только для того, чтобы его можно было подвергнуть принудительному исполнению. Несомненно, что германская норма по своему характеру является нормой материального права, между тем как английскую норму можно назвать процессуальной, так как она просто указывает на недостаточность устного доказательства. Однако функции обеих этих норм одинаковы, и поэтому казалось бы несправедливым, если бы, например, германский суд, рассматривая дело, связанное с английским поручительством, отказался применить закон об обманных действиях, ссылаясь на его процессуальный характер.

Английское право, действительно, рассматривает этот закон как относящийся к процессу, и поэтому английские суды применяют его даже в тех случаях, когда договор подчиняется иностранному праву[2], например, в случае германского торгового поручительства, которое по германскому праву считается действительным, если даже совершено в устной форме.

Та же проблема существует и во французском праве[3], согласно которому все договоры, цена которых превышает 500 франков, должны быть совершены в письменной форме, и никакие свидетельские показания в их подтверждение не допускаются. Преобладающее на континенте мнение признает материальный характер этой нормы, и французские и голландские суды[4] применяют ее только в том случае, если право, регулирующее договор, содержит такую норму.

Из квалификации закона об обманных действиях как процессуального закона не следует, что в отношении формы договора английские суды применяют исключительно только постановления этого закона. Если, например, договор был совершен в Германии по форме, предписываемой английским, а не германским законом, английский суд не подвергнет такой договор принудительному исполнению. Ибо закон об обманных

[1] Германский гражданский кодекс, § 766. Торговый кодекс, § 350.

[2] Leroux v. Brown (1852) 12 C. B. 801. Morris v. Baron (1918) A. C. 1, 15. Судья Виллз придерживался противоположного взгляда, как это видно из его попутных высказываний (obiter dicta) в решении по делу Williams v. Wheeler (1860) 8 C. B. (N. S.) 299, 316, и Gibson v. Holland (1865) L. R. 1, C. P. 1, 8. Убедителен в своей критике решения по делу Leroux v. Brown *Cheshire*, p. 636.

[3] Гражданский кодекс, ст. 1341. Также итальянская, голландская и другие правовые системы, происходящие от французского права.

[4] См. *Frankenstein* (он сам не согласен), I, 365. *Niboyet*, Manuel, 678 и *Lorenzen*, 318. Американское право еще не установилось; *Lorenzen*, 314.

действиях только отклоняет принудительное исполнение определенных договоров, хотя они и являются действительными согласно свойственному им праву, но он в то же время не разрешает принудительного исполнения договора, который по свойственному ему праву является недействительным.

БИБЛИОГРАФИЯ

Lorenzen, 32 Yale L. J. (1923) 311. *A. H. Robertson*, Characterization (1940), 253.

2. Исковая давность

219. Исковая давность

Все правовые системы устанавливают, что истечение определенного периода времени в некоторых случаях полностью прекращает право лица, а в других это только дает должнику право отказаться от исполнения обязательства[1]. В случаях первой группы—последствия, несомненно, материального характера; последствия, возникающие в случаях второй группы, голландская школа XVII века (Губер) трактовала как только процессуальные, и английская доктрина, так же, как и преобладающая шведская доктрина, совпадали с этой точкой зрения[2]. Большинство континентальных теоретиков права и большинство правовых систем признают, что этот взгляд порочен и что право должника отказаться от уплаты долга воздействует на сущность его обязательства, а не просто пресекает возможность иска[3]. В самом деле, решение, к которому пришли английские суды, едва ли может быть признано правильным[4]. В случае исковой давности срок (время) не уничтожает ни права на иск, ни материального права. Кредитор может возбудить судебное дело, и если даже по его собственным данным установленный срок истек, суд все же вынесет решение в его пользу, если только ответчик не сошлется на свое «право» отказать в платеже ввиду

---

[1] Согласно французскому праву, давность (prescription) не действует, если на нее не ссылается должник (ст. 2223 гражданского кодекса), в то время как потеря права (déchéance) в случае преклюзивного срока (délai préfix) порождается силою закона (см., например, *Planiol*, I, № 704). Германское право также проводит различие между исковой давностью (Verjährung), которая только создает право отказаться от исполнения (см. § 222 гражданского кодекса), и преклюзивным сроком (Ausschluss-Frist), истечение которого аннулирует обязанность (см., например, § 561 или § 801 гражданского кодекса).

[2] British Linen Co v. Drummond (1830) 10. B and C, 903; Don v. Lippmann (1837) 5 Cl. and Fin., 1. 13; Huber v. Steiner (1835) 2 Bing N. C. 202. Harris v. Quine (1869) L. R. 4. Q. B. 653.

[3] Annuaire, 31, 159, 182. *Niboyet*, Manuel, p. 823; *Arminjon*, loc. cit., I. 34; *Zitelmann*, I, 158.

[4] *Cheshire*, p. 638.

истечения исковой давности. Нельзя допустить, что должник при всех обстоятельствах осуществит это свое право, если оно у него имеется. Наоборот, если он имеет другое обоснованное возражение против иска, он может скорее предпочесть это возражение, чем морально несколько сомнительную ссылку на давность.

Английская точка зрения приводит к несправедливому результату, особенно в тех случаях, когда английский срок продолжительнее срока, установленного иностранным правом, о котором идет речь[1]. Одной из основных задач исковой давности является создание безопасного положения для должника, уничтожившего расписки после того, как он урегулировал свои расчеты. Германский должник, например, может спокойно выбросить все расписки о торговых долгах, по которым срок уплаты наступил два года тому назад[2]. Если он должен иметь в виду, что к нему может быть предъявлен в английском суде иск о старом долге и что суд в этом случае применит более длительный английский срок, то это создаст для него несправедливое неудобство.

БИБЛИОГРАФИЯ

Lorenzen, Statutes of Limitation and the Conflict of Laws, 28 Yale L. J., 492 *E. H. Ailes*, 31 Michig L. R. 474. *Algot Bagge*, En preskriptionsfraga inom den internat. privaträtten (Сборник статей в честь Marks v. Würtemberg, p. 19)—См. Rabel's Z., 5 (1931) 740. *Arminjon*, Mélanges Pillet (1929) I, 34. *A. H. Robertson*, Characterization (1940) 248.

3. Зачет

220. Зачет

Такой же сложный вопрос возникает в отношении норм, трактующих о зачете. Английские суды рассматривают эту форму освобождения от обязательства как вопрос процессуальный[3], так как материальный эффект зачета—аннулирование обеих претензий—может быть осуществлен только судом, т. е. решением, разрешающим произвести зачет и, следовательно, отклоняющим претензию истца. Согласно континентальным правовым системам, прекращение обязательства зачетом осуществляется не судом, а неофициальным, односторонним, внесудебным заявлением одной из сторон или даже в силу действия закона, т. е. в силу того только факта, что кредитор должен своему должнику такую же сумму, какую он вправе от него потребовать (compensation de plein droit, par la seule force

[1] Huber v. Steiner, loc. cit.; Harris v. Quine, loc. cit.
[2] Ст. 196, германского гражданского кодекса.
[3] Meyer v. Dresser (1864) 16 C. B. (N. S.) 646, 664.

de la loi)[1]. Континентальные нормы о зачете носят материальный характер. Должны ли они отвергаться английским судом потому, что английский зачет по своему характеру является процессуальной нормой? Такое предположение было бы ошибочным. В конце концов, ответчик, защищающийся в английском суде зачетом против германского или французского долга, не просит о возмещении долга через судебное решение (*compensatio debiti per judicem*), как это имеет место при предъявлении требования; его возражение сводится к тому, что претензия истца аннулирована согласно нормам, регулирующим договор, из которого эта претензия вытекает. Процессуальный характер английской формы зачета влечет за собой применение английских норм английским судом даже в том случае, если свойственное договору право не допускает зачета; но это не исключает применения иностранных норм, согласно которым претензии больше не существует[2]. Следует обратить внимание на решение судьи Блакберна по делу Harris v. Quine[3]: рассматривая вопрос об исковой давности, он проводит различие между давностью и тем случаем, когда, согласно «свойственному этому случаю» иностранному праву, истечение срока «погашает субъективное гражданское право и право на иск». Если этот критерий применим здесь, континентальная форма зачета скорее подпадет под последнюю, чем под первую категорию права на иск.

4. Бремя доказывания

221. Бремя доказывания

4. Нормы, касающиеся доказательств,—несомненно, процессуального характера. Они включают в себя постановления о компетенции свидетелей, об их допросе, о документах, которые можно приводить в доказательство, о том, что̀ именно они доказывают, и т. п. Но серьезные сомнения существуют относительно того, является ли вопрос о бремени доказывания вопросом материального или процессуального права. Большинство теоретиков и, в частности Чешайр[4], относят его к числу вопросов, регулируемых *lex fori*, и этот взгляд был воспринят судьей Лэнгтон по делу Roberta[5]. В то же время Чешайр убедительно показывает, что вопрос о том, какие факты должны быть доказаны, является вопросом существа и должен разре-

---

[1] См. об этом дальше, § 439.

[2] См. дальше, § 439, конец, в частности, дело Allen v. Kemble, 1848 6 *Moore*. P. C. 314, 320.

[3] (1869) L. R. 4. Q. B. 653, 658.

[4] p. 643.

[5] (1937) 58 Lloyd's L. R. 159, 177 (C. A.: 60, ibid. 84, 85).

шаться в соответствии с *lex causae*[1]. Таким путем, однако, было бы трудно проводить различие, ибо, когда мы составили перечень фактов, которые должны быть доказаны, мы тем самым уже дали ответ на вопрос о том, какая сторона должна их доказать.

Пример: покупатель, претендующий на то, что он приобрел право собственности, согласно германскому праву, хотя продавец не обладал никаким правовым титулом, может в подтверждение своей претензии ссылаться на то, что он в момент приобретения действовал добросовестно; в то же время его противник может ссылаться на то, что покупатель либо знал об отсутствии правового титула у продавца, или же на то, что он действовал, как это определяет германский закон, с грубой небрежностью. Согласно германскому праву, доказательству подлежит не добросовестность покупателя, а либо его осведомленность о фактах, либо проявленная им грубая небрежность в смысле незнания фактов, и совершенно очевидно, что бремя доказывания лежит не на покупателе, а на его противнике.

Мы полагаем, что область материального права охватывает собой все те нормы о бремени доказывания, которые тесно связаны с вопросом о существовании или несуществовании материальных прав. Возьмем, например, общую для многих континентальных правовых систем норму, в соответствии с которой лицо, требующее признания за ним права собственности на движимое имущество, не должно доказывать обстоятельств, при которых оно это имущество приобрело, если имущество находится в его (фактическом) владении и если только это имущество не было похищено у прежнего собственника или не было им потеряно; на обязанности его противника лежит привести факты, доказывающие, что владелец не является собственником[2]. При отсутствии такой нормы, регулирующей вопрос о бремени доказывания[3], действительное отношение между владением и правом собственности было бы совершенно извращено и одна из основных функций, которыми закон наделяет владение, исчезла бы. Это становится еще более ясным, когда английский суд сталкивается с институтами материального права, неизвестными его внутреннему материальному гражданскому праву, например, с системой супружеской общности доходов и прибылей[1]. В этих случаях часто возникает сомнение относительно

[1] *Cheshire*, p. 645 et. seq.

[2] Германский гражданский кодекс, § 1006.

[3] Все опровержимые презумпции просто устанавливают бремя доказывания.

[1] Communauté réduite aux acquêts (общность, ограниченная доходами) (французский гражданский кодекс, ст. 1498), немецкое Errungenschaftsgemeinschaft и т. д.

того, составляет ли какая-либо определенная вещь часть обособленного имущества супруга или супруги или же часть их общего имущества, и кодексы предусматривают, что бремя доказывания лежит на том из супругов, который претендует на обособленное имущество[1]. Должна ли такая опровержимая презумпция в пользу общего имущества исключаться из применения английскими судами потому, что бремя доказывания составляет элемент процесса? Следует отметить, что все те континентальные законодатели, которые составили два отдельных кодекса, гражданский кодекс и гражданский процессуальный кодекс, поместили все эти нормы в своих гражданских кодексах.

Существуют, однако, нормы очень общего характера, касающиеся бремени доказывания, которые не связаны ни с какими специальными постановлениями материального характера. Большинство этих норм во всех странах одни и те же, и поэтому проблемы о коллизии законов не возникает. Например, следующая общая норма, повидимому, применяется судами всех стран: если доказано, что право возникло, нет надобности доказывать, что оно еще существует; продолжающееся существование этого права презюмируется. Но остается под сомнением и является спорным вопрос о том, применяется ли указанная норма в случае, когда доказан простой факт, например, факт владения, и вопрос о продолжении владения является предметом спора[2]. Такого рода проблемы регулируются правом места суда. По английскому праву лица, которые в течение длительного периода жили вместе как супруги и как таковые рассматривались их соседями и друзьями, не должны доказывать, что они состоят в браке; бремя доказывания лежит на том, кто утверждает, что они не состоят в браке[3]. Эта норма, не из-

---

[1] Франц. гражданский кодекс, ст. 1499 (после издания законов 1924 г.), германский гражданский кодекс, § 1527.

[2] В отношении владения могут быть различные нормы даже в одной и той же правовой системе. Лицо, утверждающее, что оно стало собственником вследствие давностного пользования (приобретательной давности), должно только доказать, что оно было владельцем в начале и в конце давностного срока, между тем как на его противнике лежит бремя доказывания в отношении промежуточного периода (olim et hodie possessor, interea possessor; см., например, французский гражданский кодекс, ст. 2234; германский гражданский кодекс § 938). Но когда кто-либо ссылается на владение с другой целью, то он должен доказать, что он владеет в настоящее время (или что он владел в определенный момент, являющийся решающим). Первая из приведенных выше норм тесно связана с давностным пользованием и, следовательно, носит материальный характер; вторая (общая) норма является процессуальной.

[3] In re Shephard (1904) I Ch. 456, 463. Re Thompson (1905) 91 L. T. 680. Sastry Velaider Aronegary v. Sembecutty Vaigalie (1881) 6 A.C. (P. C.) 364, 371. (Roman-Dutch Law). Lyle v. Ellwood (1874) 19 Equ. C., 98, 107.

вестная современным континентальным системам, повидимому, имеет процессуальный характер[1].

БИБЛИОГРАФИЯ

J. H. Uhl, 37. Michig L. R. (1939) 1250.

5. Возможность предъявления иска

222. Возможность предъявления иска

5. Является ли вопрос о способности какого-либо требования быть предметом иска вопросом процессуального или материального права? Следует различать два рода случаев.

1) Имеют место случаи, когда подлежащий применению по данному делу иностранный закон не допускает предъявления иска, в то время как английский закон не содержит такого ограничения. Так, например, германский закон запрещает женщине, состоящей в браке, подчиняющемся установленному законом брачному (супружескому) режиму (по которому муж обязан управлять всем имуществом жены), предъявлять к мужу иски, касающиеся способов использования им своих полномочий; ее претензия остается «в ожидании» до тех пор, пока указанный режим не прекращается вследствие смерти, развода или по другим причинам[2]. Эта норма, которую можно считать процессуальной, поскольку она касается права жены на предъявление иска, тесно связана, однако, с установленной законом супружеской системой. Согласно английскому супружескому режиму или по германскому договорному режиму о раздельности имущества, иски такого рода не могут возникать, и если при этих режимах жена добровольно передает своему мужу управление ее имуществом, и он принимает это управление на себя, то в таких случаях нет никаких оснований трактовать положение мужа иначе, чем положение любого лица, принявшего на себя такое управление имуществом по договору. Но в тех случаях, когда закон устанавливает, что муж должен управлять имуществом своей жены, такое постановление обязывает обоих супругов, и исключение возможности судебных процессов между ними преследует цель сохранения семейного мира. Поэтому английские суды, вероятно, будут рассматривать эту норму как норму

---

[1] См. *Falconbridge*, Canad. Bar R., 1935, 317, 318. То же самое, вероятно, можно сказать относительно презумпции, содержащейся в ст. 184 Закона о собственности (в случаях когда под сомнением находится вопрос о том, пережило ли одно лицо другое). См. об этом дальше, § 256.

[2] Из этого правила имеются исключения, в частности, когда поведение мужа внушает опасения, что имущество находится под серьезной угрозой. Германский гражданский кодекс, §§ 1394, 1391.

материального права и, следовательно, как подлежащую применению, хотя она и неизвестна английскому внутреннему материальному гражданскому праву. Однако в сомнительных случаях английские суды как будто бы склонны рассматривать иностранные нормы как процессуальные по своему характеру. По делу Hansen v. Dixon[1], касающемуся нарушения обещания жениться, суд постановил, что если нарушенный договор должен подчиняться датскому праву, то датская доктрина о недопустимости судебного иска об убытках является чисто процессуальной нормой и, следовательно, не может быть применена. (Эта точка зрения не была основана на каком-либо принципе, но только на толковании датского права, предложенном экспертом-свидетелем, и следует сомневаться в том, было ли это толкование правильным).

2) Более существенное значение имеет обратное положение[2]. В результате развития английской системы исков, в общем праве не всегда можно найти подходящую форму иска, между тем как предоставление «справедливого» средства удовлетворения зависит от усмотрения суда. Если, например, истец, которому принадлежит движимое имущество, лишился владения этим имуществом в такой момент, когда оно находилось во Франции или в Германии, он, по континентальному праву, приобретает право требовать от владельца восстановления (возврата) в натуре того же самого имущества[3]. Или если истец по заключенному на континенте договору приобрел какое-либо индивидуально-определенное движимое имущество или определенное количество «заменимых» предметов, или если он, по французскому закону, продал имущество за определенную сумму во французских франках,—он тем самым приобрел право требовать соответственной передачи ему права собственности на индивидуально-определенное имущество, или на предметы обусловленного р о д а, или уплаты обусловленной суммы во французской валюте. Английское право, однако, предусматривает удовлетворение в виде исполнения в натуре только «когда обычное удовлетворение по иску об убытках не является равноценной компенсацией»[4], и даже в этом случае предоставление удовлетворения оставляется на усмотрение суда. Эти ограничения, возможно, применимы также в отношении прав, установ-

---

[1] (1906) 23 T. L. R. 56.

[2] О договорах о пари, действительных и подлежащих принудительному исполнению, согласно свойственному им праву, но не по английскому внутреннему материальному праву, см. выше, § 173. Английский суд присуждает в таких случаях удовлетворение потому, что такое удовлетворение предусматривает свойственное договору право.

[3] Право собственника на истребование вещи—revendication; Herausgabe-Anspruch (см. германский гражданский кодекс, § 985).

[4] Ryan v. Mutual Tontine (1893) I Ch. 116, 126.

ленных в силу иностранного закона. Но нам представляется, что суд осуществит свое дискреционное право в том случае, когда, согласно подлежащему применению иностранному праву, истец вправе получить имущество[1].

Когда кто-либо продал имущество, по французскому закону, за определенную сумму, выраженную в франках, то нет никакого сомнения в том, что хотя он и приобрел «право» на получение платежа в франках, он, а также ответчик, по приказу английского суда вынуждены будут подчиниться необходимости получить эквивалент франков в фунтах стерлингов[2]. Эти результаты, хотя они и не удовлетворительны, бесспорно правильны с точки зрения английского права, которое рассматривает вопрос о возможности с помощью иска осуществить свое право как процессуальный вопрос.

Совершенно ясно, что вопрос о случаях, в которых стороны могут добиваться только декларативных решений (иски о признании), есть вопрос процесса. Так, например, если, согласно «свойственному договору праву», иск не может быть предъявлен исключительно для того, чтобы получить признание права, то это обстоятельство ни в какой мере не будет препятствовать английскому суду вынести решение о признании права[3].

6. Нормы, определяющие, кто может предъявить иск и отвечать по иску

223. Сторона, предъявляющая иск

Следует различать три вопроса: 1) кому принадлежит право, на котором иск основан; 2) кто вправе предъявить иск и 3) от чьего имени должен быть предъявлен иск.

Первый вопрос, несомненно, должен быть квалифицирован как вопрос материального права. Если *А.* выписывает на свой банк чек, который он, после того как банк его удостоверяет или акцептует, передает *Б.*,—право, регулирующее этот чек, решает, приобрел ли *Б.* в отношении банка право требования обозначенной в чеке суммы или же это право сохранилось за *А.*, как это предусматривает большинство континентальных правовых систем.

Второй вопрос также относится к области материального права, хотя такое решение может оказаться более сомнительным. По германскому супружескому режиму, установленному законом, жена, например, сохраняет все свое имущество, а мужу доверяется управление этим имуществом. Хотя муж и не вправе

---

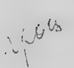
[1] См. In re Moses (1908) 2 Ch. 235.
[2] См. дальше, § 447.
[3] См. Приказ 25, правило 5 Верховного суда.

«распоряжаться» имуществом без согласия жены, например, переуступать третьему лицу причитающийся ей долг, однако он, и только он, может предъявить иск к должнику от своего собственного имени[1]. Не должно иметь никакого значения, предъявляет ли он иск в Германии или в Англии; право принудительного взыскания по претензиям его жены составляет часть его полномочий и обязанностей как управляющего в силу закона, и это право не должно подчиняться праву суда (*lex fori*).

Наконец, третий вопрос относится к области процессуального права. Закон суда должен решить, разрешается ли цессионарию предъявить иск от своего собственного имени или же он должен объединиться с цедентом[2]; или, далее, разрешается ли одному из участников товарищества предъявить иск от имени фирмы

224. Сторона, против которой иск может быть предъявлен

Такое же различие следует проводить в отношении лица, к которому иск может быть предъявлен. Например, вопрос о том, можно ли предъявить иск к полному товариществу как к единой фирме, или же следует перечислить имена участников фирмы,—является вопросом исключительно процессуального характера. Когда же, однако, различие между английским процессом и процессом иностранного государства включает в себя также и различие в материальном праве, в частности, в отношении ответственности по долгам, то этот вопрос о порядке предъявления иска не может трактоваться как вопрос чисто процессуального характера. Приведем пример: в товариществах на вере (société en commandite), предусматриваемых континентальным правом, имеется два рода компаньонов: ответственные за долги товарищества всем своим имуществом (полные товарищи) и отвечающие только в определенной сумме (товарищи-вкладчики). На вопрос о том, может ли кредитор предъявить иск к одному из товарищей-вкладчиков раньше, чем он прибегнул к принудительному осуществлению своих прав в отношении фирмы или полных товарищей,—даются разные ответы: с одной стороны, швейцарское право, по которому должник не имеет права на предъявление непосредственного иска к товарищам-вкладчикам до ликвидации товарищества[3], и с другой—французское





[1] Германский гражданский кодекс, § 1380, (но см. §§ 1400, 1405, 1407).

[2] См. Wolff v. Oxholm (1817) 6 M. and S. 92, 99; Jeffery v. Mc Taggart, ibid., 126.

[3] Швейцарское обязательственное право, ст. 603.

и германское право, допускающее такого рода иски[1]. Является ли швейцарская норма процессуальной и, следовательно, не подлежащей применению в английском суде? Мы полагаем, что это не так и что под процессуальной формулой скрывается положение материального права. Однако взгляд, который был принят судом по делу Bullock v. Caird[2], противоречит этой точке зрения. По этому делу иск был основан на нарушении иностранного договора, заключенного с иностранной фирмой; иск был предъявлен только к одному из участников фирмы. Согласно иностранному праву, истец не мог предъявить иск к ответчику без того, чтобы сначала не предъявить иска ко всем компаньонам и исчерпать все имущество фирмы; по английскому же праву он мог предъявить такой иск. Суд применил английский *lex fori*. Нам кажется, что трудно согласиться с этим решением. Чешайр[3] оправдывает это решение, проводя следующее различие: иностранная норма применима в английских процессах, если отказ от ее применения повлечет за собой «возложение ответственности, которая не существует согласно свойственному сделке праву. Если, с другой стороны, это свойственное сделке право допускает такую ответственность, но требует возбуждения судебных исков против других участников как предварительного действия до предъявления иска к данному ответчику, то в этом случае обсуждаемая норма относится только к процессуальным действиям». Это различение нельзя признать неопровержимым. Если закон требует предварительных судебных действий против фирмы, то здесь под процессуальной внешностью скрыта материальная норма, по которой ответственность ответчика зависит от предшествующего условия, а именно от условия, что совместное имущество компаньонов окажется недостаточным. Правовое положение сторон в данном случае не отличается от положения поручителя, к которому кредитор предъявил иск, хотя по свойственному договору праву ответчик защищается в силу принципа *exceptio excusionis personalis*, не известного внутреннему материальному праву суда, рассматривающего дело.

7. Нормы, касающиеся приоритета

225. *Приоритеты*

Вопрос о порядке, в котором должны удовлетворяться претензии кредиторов, приобретает очень серьезное значение при

---

[1] Германский торговый кодекс, § 171; Cour de Cass., Dalloz Pér. 1865, I, 479.

[2] (1875) 10 Q. B. 276; In re Doetsch (1896) 2 Ch. 836, 839.

[3] pp. 649, 651.

несостоятельности должника, или когда наследственное имущество умершего должника передается в управление, или когда налагается арест на судно, и оно продается, а выручка поступает в суд. Какой закон должен дать правильное решение?

Нигде не возникает сомнения в том, что если соперничающие кредиторы имеют к должнику персональные претензии, а не *iura in rem*, то решающим является право суда, разрешающего спор. Нормы, согласно которым суд устанавливает распределение имущества между кредиторами, применяются ко всем претензиям, как местным, так и иностранным. Это положение основано на том, что вопрос не касается природы и размера самого долга. Германскому врачу, который лечил немца и который по германскому закону о несостоятельности пользуется привилегией в отношении своего гонорара[1], не наносится ущерба тем, что английский закон о несостоятельности не предоставляет такой привилегии. Его право заключается только в претензии на уплату определенной суммы, и если он хочет сделать свое право эффективным в отношении третьих лиц, например, в отношении соперничающих с ним кредиторов, он может пытаться получить право *in rem*, закладную, ипотеку, залог и т. п. на индивидуально-определенное движимое имущество или недвижимость. Приоритеты, связанные с правами *in rem*, входят в состав такого рода прав и поэтому их следует скорее квалифицировать как нормы материального, а не процессуального характера; приоритеты должны подчиняться праву действительного *situs rei*[2] (места нахождения имущества), которое, однако, в большинстве случаев совпадает с *lex fori*. Английское право, повидимому, не принимает этого различия между обеспеченными и необеспеченными денежными долгами. По многим адмиралтейским делам, по которым предметом спора являлось распределение сумм, вырученных в Англии от продажи арестованных иностранных судов, суд постановлял, что вопрос о приоритетах подлежит разрешению в соответствии с *lex fori*[3]. Но так как во всех этих случаях место судебного разбирательства совпадало с местонахождением судна или вырученной от его продажи суммы, то эти решения, хотя они и сомнительны по своим мотивам, неопровержимы по своим выводам. Перед судом

---

[1] Германский Закон о банкротстве 1877, ст. 61, № 4.

[2] По вопросу о праве, подлежащем применению в отношении jus in rem mobilem, см. § 488—491.

[3] The Milford (1858) Sw. 362, 366. The Jonathan Goodhue (1859) Sw. 524, 526. The Tagus (1903). P. 44. The Colorado (1923) P. (C. A.) 103. The Zigurds (1932) P. 113, 121, 122.

не доказывалась проблема выбора между *lex fori* или *lex situs*; предметом обсуждения был вопрос о применении права, свойственного договору, права флага[1], права домицилия или же *lex fori*.

8. Размер убытков

226. Размер убытков

8. Часто утверждали, что определение размера убытков является процессуальным моментом. Такое расширение понятия процессуальной нормы, существующее только в англо-американском праве, содержит в себе как преувеличение, так и неопределенность. Чешайр убедительно доказал[2], что только порядок исчисления убытков может в Англии рассматриваться как процессуальный вопрос. Но вопрос о том, существует ли ответственность, относится к сфере материального права и может, следовательно, регулироваться иностранным правом. Это в особенности относится к следующим случаям:

а) Ограничивается ли ответственность ответчика только тем убытком, который является прямым и естественным следствием его действия[3], или же убытком, который нарушенный договор или нарушенное постановление закона имели в виду предотвратить[4],—или же ответчик обязан уплатить возмещение за всякий причиненный им убыток[5]? Зависит ли ответ на эти вопросы от степени виновности ответчика[6]?

б) Отвечает ли ответчик за м о р а л ь н ы й у щ е р б, как это имеет место в Англии и во Франции, или же только за материальный вред или убыток, как это предусматривает германская и итальянская нормы?

в) В случае нарушения или аннулирования договора, имеет ли истец право претендовать на то, чтобы «в той мере, в какой

---

[1] Согласно Maritime Conventions Act, 1911 (1 & 2 Geo. V, c. 57), s. 7, распределение вознаграждения за спасение имущества между собственником судна, капитаном, лоцманом, судовой командой и другими лицами производится в соответствии с законом страны, которой принадлежит судно, а не согласно *lex fori*.

[2] Cheshire, pp. 654—662.

[3] Французский гражданский кодекс, ст. 1151 (suite immédiate et directe—непосредственное и прямое последствие), ст. 1150 (suite prévisible—последствие, которое могло быть предвидено). Тот же взгляд—по делу Hadley v. Baxendale (1854) 9 Ex. 341.

[4] Доктрина, преобладающая в Австрии (*Ehrenzweig*, Bürgerliches Recht, § 301) самая логичная из всех теорий, разработанных по вопросу о причинении ущерба.

[5] Так, например, по французскому закону, если ответчик повинен в преступном умысле (malice); гражданский кодекс, ст. 1150.

[6] Французский гражданский кодекс, ст. 1150.

это может быть сделано посредством денег, он был поставлен в отношении убытков в такое же положение, в каком он был бы, если бы договор был исполнен»[1], или же он может претендовать только на то, что он мог бы иметь, если бы договор вовсе не был заключен? Это различие особенно выдвигалось Иерингом, который говорит о «негативном» интересе в противоположность «позитивному» интересу[2]; и оно было воспринято германским, австрийским и швейцарским правом.

г) При каких обстоятельствах истцу должны быть возмещены не только *damnum emergens* (положительный ущерб), но также и *lucrum cessans* (упущенная выгода). Это различие, хотя в подавляющей части и отвергнутое современным законодательством, еще остается существенным в Австрии, где ответственность за упущенную выгоду признается только в случае умысла и грубой небрежности[3].

д) Исключает ли небрежность истца его право требовать возмещения убытков, или же она только может повлечь за собой уменьшение подлежащей уплате суммы? Полное исключение этого права является принципом английского права, так же, как это было в римском праве.

Континентальные кодексы предоставляют усмотрению суда решение вопроса о том, полностью ли уничтожается ответственность ответчика или же она только уменьшается в случае небрежности истца[4]. Важно отметить, что эта континентальная норма,—несмотря на то, что усмотрение суда является решающим,—ни в коем случае не рассматривается как процессуальная. Поэтому она (вероятно) будет применяться английским судом, если ответственность будет основана на иностранном праве.

е) Разрешается ли ответчику зачесть какую-либо выгоду, которую истец мог извлечь из вредоносного действия (так называемый *compensatio lucri cum damno*—зачет выгоды при возмещении ущерба)? Фактически на этот вопрос всюду дается положительный ответ с некоторыми, однако, исключениями, в отношении которых разные правовые системы отличаются друг от друга. Эта проблема, несомненно, относится к области материального права.

ж) Такой же характер имеет вопрос о том, обладает ли истец правом на проценты и, в случае положительного ответа, по какой ставке.

---

[1] Robinson v. Harman (1848) I Ex. 850.

[2] Jhering's Jahrbücher, 4, p. 16 et seq. См. германский гражданский кодекс, §§ 122, 179, 307.

[3] Австрийский гражданский кодекс, ст. ст. 1323, 1324, 1332.

[4] См., в частности, германский гражданский кодекс, § 254. R Vgl. HWB, VI, 130 и след.

з) Каков размер убытков в случае непоставки проданных товаров? Имеет ли покупатель право на возмещение убытка, который он фактически потерпел, имеет ли он право требовать разницу между рыночной ценой товаров и ценой, обусловленной при их покупке, или же ему предоставляется право выбора между этими двумя формами возмещения? Мы полагаем, что эта проблема также относится к сфере материального права.

Когда на все эти и им подобные вопросы даны ответы в соответствии с подлежащим применению иностранным правом, часто остаются еще кое-какие вопросы, которые английские (но не континентальные) суды будут рассматривать как носящие в основном процессуальный характер, и, таким образом, при их разрешении будет применяться *lex fori*.

Примеры: согласно некоторым континентальным правовым системам, истец вправе требовать возмещения *in natura*[1]; в английском суде он может требовать только денежного эквивалента. И, далее, по иностранному закону он имеет право на возмещение за моральный ущерб; английский закон решит, как следует такой ущерб оценить в денежном выражении. Или, если претензия об убытках возникает во Франции и по французскому закону, сумма будет выражена во франках; но, как это будет разъяснено ниже[2], английский суд не может выносить решения, в которых присуждаемая сумма была бы выражена в иностранной валюте, и необходимый пересчет в фунты стерлингов будет произведен по валютному курсу, фиксируемому по *lex fori*.

9. Участие содолжника

227. Участие содолжника

Дайси, исследуя процессуальные проблемы, рассматривал в их числе также и проблему, возникшую по делу American Surety Co v. Wrightson[3]. Американская фирма получила два страховых полиса—один от американской страховой компании, а другой от английской. Американская страховая компания должна была уплатить фирме по полису, а затем взыскать через английский суд с английского сострахощика причитающуюся с него долю. Суд применил английское право, и Дайси, повидимому, предлагает мотивировать такое применение тем, что по праву справедливости (Law of Equity), на котором был основан иск, вопрос о юрисдикции английского суда является процессуальным вопросом.

---

[1] Германия (германский гражданский кодекс, § 249), Австрия, Россия.
[2] См. § 447.
[3] (1911) 103 L. T. 663, 665. См. Dicey, p. 855.

Если бы это утверждение было правильно, то любой вопрос, который в английском внутреннем материальном праве регулируется правом справедливости (by equity), должен был бы подчиняться английскому праву как *lex fori*, и применение иностранного права было бы полностью исключено. Едва ли, однако, можно защищать такую позицию, которая всю обширную область права справедливости рассматривает как часть гражданского процессуального кодекса. К счастью, судья, рассматривавший описанное выше дело (Гамильтон), не сказал того, что предлагает Дайси. Он применил английское право не как *lex fori*, а как *lex domicilii debitoris* (право домицилия должника) и, следовательно, должен был рассматривать указанный выше вопрос как относящийся к материальному праву.

ПРОЦЕДУРА В ИНОСТРАННЫХ СУДАХ

Само собой понятно, что судебная процедура в иностранных судах регулируется *lex fori*. Английские суды могут соприкасаться с иностранными процессуальными действиями в многообразных формах.

228. Содействие иностранных судов английскому суду

1. Английский суд иногда нуждается в помощи иностранных судов. Так, например, Высокий суд может издать, в порядке судебного поручения, приказ о допросе свидетелей, проживающих за границей[1]. В таких случаях иностранный суд, хотя и соблюдая процессуальные нормы своего собственного (национального) права, будет следовать английским процессуальным нормам, поскольку это совместимо с правом этого иностранного суда, например, в отношении перекрестного допроса или приведения к религиозной присяге. Если иностранный суд поступал бы иначе и его образ действий был бы несовместим с принципами английского процесса, то все доказательства, собранные за границей, могли бы быть объявлены в Англии неприемлемыми и, таким образом, стали бы бесполезными для целей суда.

229. Иностранные судебные действия

2. Каковы последствия судебного процесса, возбужденного за границей? Необходимо проводить различие между воздействием, оказываемым в этих случаях на процесс, и воздействием в отношении материального права.

---

[1] См. Правила верховного суда, приказ 37, правила 6, 6-а, 6-в, 6-с. Ср. также Гаагскую конвенцию о гражданском процессе от 17 июля 1905 г., ст. 8 и след. (не ратифицирована Великобританией).

а) Процессуальные последствия указанного факта сказываются в том, что сторонам предоставляются определенные права на основании *lis alibi pendens* (тяжба находится в производстве в другом месте). Большинство правовых систем признает это обстоятельство как возражение против иска в тех случаях, когда, предъявив иск в одном суде, истец возбуждает по тому же основанию второй иск в другом суде против того же ответчика: *De eadem rem ne bis sit actio* (по одному и тому же делу не может быть двух исков). Является ли ссылка на *lis alibi pendens* действительным возражением, когда первый иск предъявлен в суде иностранного государства? Французские суды в этом случае отвергают такое возражение (*exceptio*). Германское право допускает его только в тех случаях, когда решение, вынесенное иностранным судом, будет признаваться судом, принявшим к своему рассмотрению второй иск[1]. Английское право отличается от французской и германской систем; оно не содержит на этот счет никакого определенного правила. Ответ английского права на этот вопрос зависит от того, предпринято ли предъявление исков по одному и тому же предмету спора и между теми же сторонами в разных судах с целью «досадить или притеснить» (vexatious or oppressive)[2]. Если это так, то суд компетентен приостановить производство по иску или отказать в иске, предъявленном в Англии, или удержать истца от продолжения процесса в иностранном суде. В то время как континентальное *exceptio litis pendentis* (возражение о нахождении дела в производстве) является возражением только против позднейшего (второго) иска, английский суд располагает свободой вмешаться в первый иск и разрешить продолжение судебных действий по второму иску. Имеется еще другое существенное различие между английской практикой и континентальной нормой, заключающееся в том, что английские суды не требуют, чтобы спорные вопросы, возникающие в обоих исках, были идентичны. Два примера, подтверждающие это положение, можно найти в решениях по делам Cohen v. Rothfield[3] и Thornton v. Thornton[4].

Коган, занимавшийся коммерческими делами как в Англии, так и в Шотландии, пригласил Ротфильда в качестве своего агента в обеих странах. После происшедшего между ними спора

---

[1] *Pillet*, Traitè prat., II. 498. Герм. верх. суд., Off. Coll. 49, 344. *Wach*, Civilprocessrecht, I, 247.

[2] McHenry v. Lewis (1882) 22 Ch. D. (C. A.) 397, 408 (per Bowen, L. J.). Peruvian Guano Co v. Bockwoldt (1883) 23 Ch. D. (C. A.) 225, 232. The Christiansborg (1885) 10 P. D. (C. A.) 141, 155. Cohen v. Rothfied (1919) I K. B. (C. A.) 410.

[3] (1919) I. K. B., 410.

[4] (1886) II P. D. (C. A.) 176.

Коган предъявил в Англии иск, требуя отчета о всех денежных суммах, полученных Ротфильдом в пользу истца, а несколько дней спустя Ротфильд предъявил такой же иск об отчете к Когану в шотландском суде. Поскольку требование Когана об отчете не идентично с требованием Ротфильда, континентальные суды не имели бы власти приостановить какой-либо из этих двух исков. Такое же положение и по второму делу: муж Торнтон предъявил в Индии иск о разводе, а его жена предъявила к нему в Англии иск о восстановлении супружеских прав. Здесь не было одного и того же предмета спора (*eadem res*). В обоих случаях суд отказал в приостановлении находящегося в его производстве иска не ввиду отсутствия *eadem res*, а потому, что не было доказано, что нагромождение исков привело к «досаждению и притеснению» лица.

Стороны должны ссылаться на *lis alibi pendens* для того, чтобы доказать, что возбуждение двух исков имеет своим результатом «досаждение и притеснение», так как английское право, в отличие от континентального, не препятствует предъявлению двух исков по одному и тому же предмету спора. Истец может иметь достаточные основания для того, чтобы предъявить к ответчику иски в двух странах: например, если ответчик имеет какое-либо имущество в обеих странах, но ни в одной из них не имеет имущества, достаточного для того, чтобы погасить взыскиваемый долг; или когда истец нуждается в немедленном получении решения и не уверен в том, в какой из обеих стран он может его получить скорее. Выражение «досаждение и притеснение» очень эластично. Однако суды неоднократно заявляли, что было бы «крайне неразумно» установить какое-либо определение понятия, выражаемого этими словами[1]. Было разработано только два специальных правила. Первое из них устанавливает, что предъявление двух исков в двух различных английских судах рассматривается prima facie как «досаждение», между тем как желание досадить не презюмируется, когда один из исков предъявлен в небританском суде[2]. Второе правило заключается в том, что нельзя презюмировать желание досадить, если лицо, являющееся ответчиком в Англии, предъявляет в иностранном суде иск к английскому истцу[3].

---

[1] McHenry v. Lewis, loc. cit. p. 407.

[2] Если один из исков предъявлен в Англии, а другой—в какой-либо части Британской империи вне Англии (Шотландия, Канада, Мальта и т. д.), то презумпция желания досадить становится сомнительной. Апелляционный суд признал по делу McHenry v. Lewis, loc.cit., что в таких случаях желание досадить должно презюмироваться, но такую презумпцию трудно оправдать. См. *Dr. Cheshire*, p. 124.

[3] Cohen v. Rothfield, loc. cit.; The London (1931) P. 14. Comp. The Janera (1928) P. 55, 57, The Madrid (1936) P. 40. 46.

230. Влияние иностранных судебных действий на материальное право

б) Согласно всем правовым системам, основывающимся на римском праве, предъявление иска порождает определенные последствия в области материального права: предъявление иска прерывает течение исковой и приобретательской давности; оно создает более высокую степень ответственности владельца имущества, к которому иск предъявлен лицом, якобы являющимся собственником этого имущества; оно порождает обязанность уплатить проценты по взыскиваемой денежной сумме; права исключительно персонального характера, как, например, право на возмещение морального ущерба (dommage moral), которые, как правило, прекращаются со смертью кредитора, переходят к его правопреемникам, если он умер, когда начатое им дело находилось в производстве в суде[1]. Возникает вопрос: наступают ли все перечисленные выше последствия или некоторые из них, если иск предъявлен в иностранном суде? Совершенно очевидно, что эта проблема не относится к области международного частного права, а является лишь вопросом толкования тех норм внутреннего материального гражданского права, которые устанавливают эти последствия. Континентальные правовые системы, как правило, дадут утвердительный ответ на этот вопрос, если (и только в этом случае) решение, которого можно ожидать в результате разбора дела в иностранном суде, может быть признано местными судами. Несущественно при этом, предусматривает ли действующее в одной стране материальное право те же последствия предъявления иска, что и право другой страны. Например, английскому праву такие последствия вовсе неизвестны. Тем не менее, если собственник движимого имущества предъявляет к владельцу этого имущества иск в английском суде и если основание иска регулируется германским правом, то предусмотренная этим правом повышенная ответственность ответчика наступает так же, как если бы иск был предъявлен в Германии.

Другая иллюстрация: по германскому договору *Г*. должен *В*. 100 ф. ст. *В*. предъявляет иск в Германии, затем оба, *В*. и *Г*., эмигрируют в Англию, где *В*. возбуждает новый иск. В этом случае последствия предъявления иска в Германии, т. е. обязанность уплачивать 4%, начиная с даты предъявления иска, должна (вероятно) быть принята во внимание английским судом.

3. Вопрос о действии иностранных решений в Англии заслуживает отдельной главы.

---

[1] См., например, германский гражданский кодекс, §§ 209, 941, 987, 989, 291, 847, 1300.

ПРИЗНАНИЕ И ПРИНУДИТЕЛЬНОЕ ИСПОЛНЕНИЕ ИНОСТРАННЫХ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ

Общие замечания

231. *Преимущества и опасности*

Из всех проблем, возникающих в международных сношениях, проблема признания иностранных судебных решений и их принудительного исполнения является, быть может, самой существенной. Это всегда было так, когда вопрос касался внешней торговли[1]. Купец, получивший благоприятное судебное решение против своего должника в одной стране, впоследствии узнает, что должник в этой стране не имеет достаточного имущества для того, чтобы погасить долг, и желает подвергнуть это решение принудительному исполнению в другой стране, где должник имеет значительный банковский вклад. Возбуждение нового иска потребовало бы дополнительных расходов и часто может оказаться неудобным, если свидетели проживают далеко. Вне сферы торговых сношений признание иностранных судебных решений приобрело особенно существенное значение в течение последнего столетия, так как целые группы населения эмигрировали в другие страны по политическим или экономическим соображениям и улучшились условия передвижения. Исключительно важное значение, в частности, приобрело признание в стране, где стороны имеют свое место постоянного пребывания, судебных приказов о разводах, изданных в другой стране, или судебных решений о недействительности брака или о законности рождения.

Известно, например, дело принца Вреде (Wrede). Австрийская римская католичка вступила в брак с австрийцем православного вероисповедания, впоследствии ставшим российским гражданином. Петербургский церковный суд объявил этот брак недействительным, так как не были соблюдены формы, предписанные для браков православных христиан. Жена затем вышла замуж за баварского принца Вреде в Париже, где последний тогда имел свою резиденцию. Этот брак был признан недействительным судом в Мюнхене после того, как принц перенес свою резиденцию из Парижа в Мюнхен. Решение о недействительности брака базировалось на признании наличия в этом случае двоебрачия, так как Мюнхенский суд отказался признать действительным петербургское решение. Затем Вреде женился на другой женщине в Женеве, и во французском суде возник

[1] Самые ранние решения по международному частному праву обсуждают вопрос о признании иностранных судебных решений. См. *Holdsworth*, History of English. Law, XI, 270, и выше, § 27.

вопрос о том, должна ли Франция принять петербургское решение, или мюнхенское, или ни то, ни другое[1].

Едва ли есть необходимость подчеркивать, какие преимущества вытекают для международных отношений из факта признания иностранных судебных решений. Если бы судебные решения могли признаваться повсюду, это обеспечило бы устойчивость для личных отношений во всем мире. Неопределенное положение, создающееся при «хромающих» браках, т. е. при браках, признанных действительными в одной стране и недействительными или расторгнутыми в другой, или же при «хромающем» статусе в отношении законности рождения,—было бы устранено немедленно после вынесения судебного решения в какой-либо одной стране. Новые иски в других странах стали бы излишними.

Опасности, которые такое стремительное упрощение могло бы за собой повлечь, так же очевидны, как и указанные преимущества. Судья мог бы совершать такие действия международного значения, о которых ни один законодатель никогда не мог бы и подумать. К тому же неблагоразумно верить в то, что любой суд на земном шаре может безупречно отправлять правосудие. Допустим, что взяточничество судей может стать настолько редким явлением, что в этом отношении риск может быть доведен до минимума, но неудовлетворительность юридического образования в некоторых странах, назначение судей на основе политических мотивов и влияние, которое государство или какая-нибудь мощная преступная организация внутри государства может оказывать на судей,—все это является серьезными препятствиями к всеобщему признанию судебных решений. Далее, если даже не существует опасности того, что решения будут выноситься коррумпированными судами, нежелательность признания некоторых судебных решений может диктоваться различиями между основными позициями двух стран в отношении вопросов морали или публичного порядка. Наконец, всеобщее признание судебных решений может привести к тяжелой несправедливости в тех случаях, когда одно и то же отношение по-разному оценивается судами двух стран. Возьмем, например, брак, заключенный в Париже между двумя греческими подданными у греческого священника и, следовательно, действительный в Греции (и в Германии) и недействительный во Франции (и в Англии); такой брак, если бы была принята описанная выше система (всеобщего признания судебных решений), мог бы стать универсально действительным или недействительным в зависимости от того, вынесет ли первым решение о

[1] Sirey, 1900, 2, 40. См. *Pillet*, Traité prat., II. 606 et seq.; см. дальше, § 249.

нем греческий или германский суд, с одной стороны, или же французский или английский—с другой. Такого нежелательного результата можно было бы, конечно, избежать, проведя международную кодификацию норм о юрисдикции судов. Но надежда на достижение соглашения по этому вопросу не более обоснована, чем надежда на соглашение относительно коллизионных норм.

232. *Различные доктрины, защищающие признание решений*

Таким образом, признание и принудительное исполнение иностранных судебных решений не может быть допущено без эффективных мер предосторожности. Возникает вопрос: зачем вообще допускать такое признание? Различные соображения выдвигались в пользу того взгляда, что, поскольку это не создает каких-либо посягательств на территориальный суверенитет данного государства, судебные решения, вынесенные судами другой страны, должны иметь действие в данной стране. Доктрина международной «вежливости» ничего не объясняет и приводит к возникновению несовершенной нормы о взаимности как условии признания иностранных судебных решений[1]. Доктрина приобретенных прав принимает без доказательств положение о том, что право уже приобретено, в то время как вопрос именно и заключается в том, приобретено ли право[2]. Доктрина обязательства[3] базируется на положении, по которому судебное решение, вынесенное судом компетентной юрисдикции, создает договорное обязательство; эта доктрина ссылается на фикцию договора и не может оправдать признания, например, приказа о разводе или других судебных решений *in rem*. Рид основывает признание иностранных судебных решений на «соображениях юридического характера, или на идеях социального значения, или на том и на другом», и требует, чтобы существовала достаточная связь «между соответствующим лицом, статусом или вещью и территорией, на которой действует иностранное право»[4]. С этим нельзя не согласиться.

Признание иностранных судебных решений, так же, как и применение иностранного права, основано на справедливости, но едва ли можно в короткой и простой формуле дать ответ на вопрос о том, когда именно справедливость требует такого признания и когда она этого не требует. В погоне за справедливостью исследователь в этом случае, как и в других случаях,

---

[1] См. выше, § 3 и § 14.
[2] См. выше, § 2.
[3] Russell v. Smyth (1842) 9 M. and W., 810, 819. *Read*, loc. cit., 60.
[4] *Read*, p. 257.

должен ограничиться изучением большого количества примеров и их классификацией по видам.

233. *Доктрина гармонии между правом и судебным решением*

Имеется, наконец, доктрина, сформулированная Баром, который пытается создать гармонию между признанием иностранных судебных решений и применением иностранных законов, призывая обращать внимание на отношение между правом и судебным решением. Судебное решение, с его точки зрения, является как бы специальным законом (*lex specialis*) — законом, регулирующим одно единственное дело[1]. Этот взгляд имеет тенденцию к сверхупрощению. Верно, что нет большой разницы между приказом иностранного суда о разводе и парламентским актом Квебека, которым расторгается определенный брак. В этих случаях, однако, судебное решение не является своего рода законом; закон является своего рода судебным решением, и его применение в Англии,—что совершенно идентично с признанием отдельного приказа о разводе,—будет зависеть от английских норм, регулирующих признание иностранных судебных решений, а не от коллизионных норм. Если, например, один из супругов не мог быть выслушан до того, как был принят парламентский акт, или если взяточничество или какая-либо иная форма обмана способствовали принятию этого акта, то это сделает его недействительным с точки зрения английского закона точно так же, как судебные решения считаются недействительными вследствие имевшего место обмана или определенных процессуальных дефектов[2]. Но сравнение закона с судебным решением, коллизии законов с коллизией юрисдикции, как это называют французские авторы, в известной степени все же может служить руководством. При существующем ныне положении эти два вида норм (закон и судебное решение и т. д.) совершенно независимы один от другого[3]. Судебное решение, вынесенное в иностранном государстве *X*, будет признано в Англии, хотя оно может быть основано на применении внутреннего материального права, которое, согласно английским коллизионным нормам, не было бы применено английским судом. Пример: два итальянских гражданина, домицилированных в Англии, заключили

---

[1] *Bar*, II. 413. *Wharton*, s. 671 (II, p. 1425) Против: *Pillet*, Traitè pratique, II. 616, 663.

[2] См. дальше, § 247.

[3] Не только в Англии, но и в большинстве континентальных стран, хотя во французском праве и в некоторых правовых системах, от него происходящих, усматривали некоторую взаимную зависимость, и это положение оказало влияние на суды: см. *Pillet*, Traité pratique, II, 686, Ср. выше, § 54.

в Англии договор, подлежавший исполнению там же. Английский суд применил английское право, итальянский суд—итальянское[1]. Иск из этого договора возбужден в Италии (где ответчик в настоящее время проживает). Решение итальянского суда признается в Англии, потому что, с английской точки зрения, итальянский суд обладает юрисдикцией, хотя этот суд, применяя итальянское право, может притти к решению, противоположному тому, которое вынес бы английский суд, руководствуясь английским правом. Для того чтобы установить известную гармонию между коллизионными нормами и уважением к иностранным судебным решениям, Бар и Институт международного права[2] предложили норму, предусматривающую, что суды какой-либо данной страны должны в принципе и «насколько это только возможно» разрешать такие иски так, как они должны были бы быть разрешены согласно внутреннему материальному праву этой страны. Это предложение, несомненно, неудовлетворительно: почему Англия должна отказать в признании и принудительном исполнении итальянского судебного решения, основанного на применении германского права, по такому делу, по которому английский суд также применил бы германское право? Выработанный во Франции[3] взгляд, которому там отчасти следуют, более приемлем; он заключается в том, что французский суд признает иностранное судебное решение только в том случае, если это решение было вынесено в соответствии с французскими коллизионными нормами. Против этого правила можно, однако, возражать, поскольку оно доводит количество решений, подлежащих принудительному исполнению, до чрезмерно низкого уровня. Почему, например, должен английский суд отказать в признании французского судебного решения, по которому, согласно французским коллизионным нормам, применено французское право, в то время как английский суд, согласно своим коллизионным нормам, разрешил бы этот спор в соответствии с бельгийским правом, которое, вероятно, не отличается от французского.

БИБЛИОГРАФИЯ

F. T. Piggott, Foreign Judgments and Jurisdiction (3 rd. ed.), 1908. *H. E. Read*, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in the Common Law Units of Brit. Commonwealth, 1938 (основная работа по этому вопросу—ценный вклад в сравнительное правоведение). *H. C. Gutteridge*, Brit. Y. B., 1932, 49. *H. de Cock*, Effets et exécutions d. jugements étrangers, 36 Rec. (1925, V), 435; Brit. Y. B., 1929, 225. *H. Sperl*, 36 Rec. (1931, II), 389. *Nussbaum*, 41, Columb, L. R., 221. *Renton*, 50 South Afric. L. J. (1933), 157.

---

[1] Согласно норме гражданского кодекса 1938 г., Dispos. preliminari, с. 15.

[2] Annuaire, I (1877), p. 125, 126; *Bar*, II, 427.

[3] См. *Pillet*, loc. cit., особенно p. 691.

Различие между признанием и принудительным исполнением иностранного судебного решения

234. *Случаи простого признания*

Принудительное исполнение судебного решения не может иметь места без его признания; но решение может быть признано без того, чтобы подвергнуть его принудительному исполнению.

1. Некоторые судебные решения не могут быть подвергнуты принудительному исполнению, например, решения чисто декларативного характера, приказы о разводе или недействительности брака и все решения, отказывающие в иске (если только не последует приказа о судебных расходах). В этих случаях возникает только один вопрос—о том, могут ли эти решения быть «признаны» в Англии или, как часто выражаются английские юристы, о том, «действительны» ли они в Англии, в частности, если на них ссылаться в связи с каким-нибудь новым иском, предъявленным в английском суде. Приведем некоторые иллюстрации:

а) После развода, оформленного за границей, стороны заключают новый брак. Действительность этого брака зависит от действительности развода и, следовательно, от признания иностранного решения.

б) Иностранный суд отказывает в иске. Истец предъявляет иск по этому же предмету спора в английском суде. Иностранное судебное решение, если оно будет признано, является действительным возражением против иска, *exceptio rei judicatae*[1].

в) Ответчик по английскому иску ссылается на зачет. Истец указывает, что претензия ответчика была отклонена иностранным судом. Если это решение иностранного суда признается в Англии, ссылка истца—*replicatio rei judicatae* является действительным возражением.

235. *Для признания требуется меньше, чем для принудительного исполнения*

2. Для признания иностранного решения требуется меньше, чем для его принудительного исполнения. Принудительное исполнение невозможно без какого-либо авторитетного акта местного суда, разрешающего приведение в исполнение

---

[1] Если иностранное судебное решение было в пользу истца и если он, тем не менее, предъявляет своему должнику иск вторично (в английском суде) не на основании иностранного решения, а по первоначальному основанию иска,—ответчик не может защищаться возражением *exceptio rei judicatae*. Хотя, согласно внутреннему английскому праву, истец, получивший решение в Англии, не может вторично предъявить иск, но в отношении иностранного судебного решения дело обстоит не так. В этом случае первоначальное основание иска не «поглощается» решением. Это правило, хотя едва ли правильное, твердо установилось.

решения, будь то письменное утверждение (*Exequatur*) после нового судебного разбирательства дела, или новое судебное решение, вынесенное в связи с иностранным решением, или занесение иностранного решения в какой-нибудь регистр[1]. Простое признание не нуждается ни в одном из такого рода актов. Кроме этого, однако, условия признания фактически такие же, какие требуются для принудительного исполнения. Только в тех странах, в которых принудительное исполнение зависит от взаимности[2], может возникнуть сомнение относительно того, обусловлено ли взаимностью простое признание решения и, в частности, его действие в смысле *res judicata*. Несмотря на обоснованное предостережение Бара[3], германское право дает на этот вопрос утвердительный ответ: оно допускает *exceptio rei judicatae*, только когда обеспечена взаимность, по крайней мере, в тех случаях, когда иностранное судебное решение касается прав на имущество[4]. В Англии этот вопрос не возникает. Следует упомянуть, что Закон об иностранных судебных решениях 1933 г.[5] [Foreign judgment (Reciprocal Enforcement) Act] предусматривает взаимное оказание услуг, как условие регистрации, только в целях принудительного исполнения, а не признания.

Условия признания и принудительного исполнения

По английскому праву для признания и принудительного исполнения иностранного судебного решения требуется, чтобы оно было окончательным решением по предмету спора (гражданскому или торговому), вынесенным судом, обладающим соответствующей юрисдикцией. Такое решение не должно находиться в несоответствии с основными принципами английского права (публичный порядок, естественная справедливость), а также не должно быть опорочено какими-либо обманными действиями.

236. Условия для признания и принудительного исполнения. 1 Судебное решение

Решение должно быть с у д е б н ы м, т. е. оно должно быть решением, вынесенным после судебного разбирательства,

[1] См. дальше, § 250—253.

[2] Германия, Испания, Чехословакия, Венгрия, некоторые швейцарские кантоны, большинство балканских государств и многие внеевропейские страны.

[3] I, 286; II, 506.

[4] Германский гражданский процессуальный кодекс, § 328, № 5. Решения о разводе или недействительности брака признаются, независимо от того, существует ли взаимность или нет.

[5] 23 Geo. V, c. 13.

в котором обеим сторонам была предоставлена возможность изложить свои доводы[1]. Судебные акты, относящиеся к сфере «добровольной юрисдикции», в противоположность актам спорной юрисдикции[2], не являются судебными решениями. Эти акты многообразны. Некоторые из них касаются статуса лиц, как, например, *venia aetatis* (дееспособность), признанная за несовершеннолетним, или ограничения, установленные для умалишенных, или судебное утверждение усыновления. Другие имеют своим последствием создание юридических лиц, как, например, инкорпорирование (регистрация) компании или утверждение устава «учреждения» (fondation, Stiftung). Другие посвящены назначению опекунов или попечителей, или их смещению, или прекращению законных полномочий жены[3] на заключение от имени ее мужа договоров, касающихся домашних дел. Кроме того, многие правовые системы требуют для действительности определенных договоров их утверждения судом[4]. Во всех таких случаях возникает вопрос, может ли такой акт иностранного суда быть признан в Англии, и при каких условиях. Иногда мы также сталкиваемся с вопросом о том, может ли быть подвергнут принудительному исполнению в Англии какой-либо акт добровольной юрисдикции: по французскому праву, например, легатарий к оставшемуся после уплаты всех долгов имуществу, назначенный собственноручным завещанием, может получить ввод во владение оставленным ему имуществом только на основании приказа председателя суда (envoi en possession)[5]. Если такой приказ дан и если часть имущества находится в Англии или была ввезена туда до того, как приказ был выдан во Франции, то можно ли такой приказ подвергнуть принудительному исполнению в Англии? Ответ на все эти вопросы может оказаться трудным и часто сомнительным, но он не может быть дан в нормах, регулирующих признание и принудительное исполнение иностранных судебных решений. Мы полагаем, что правильное решение заключается в следующем: не должно быть допущено принудительное

---

[1] См. Герм. верх. суд, Offic. Coll., 16, 428, и *Melchior*, 313 et seq. Кроме того, *Mann*, 59 L. Q. R., 53, 54.

[2] См. *Marcian* в Dig., 1, 16, 2 pr.

[3] Так называемый Schlüsselgewalt; германский гражданский кодекс, § 1357, швейцарский гражданский кодекс, ст. 167.

[4] Примеры: продажа недвижимого имущества несовершеннолетнего (германский гражданский кодекс, § 1821); заключенные мужем договоры, касающиеся имущества его жены (германский гражданский кодекс, § 1379), или заключенные женой без согласия ее мужа (французский гражданский кодекс, ст. ст. 1535, 1538, 1556 и т. д.); отказ от права наследования со стороны одного из супругов без согласия другого (швейцарский гражданский кодекс, ст. ст. 218, 204).

[5] Гражданский кодекс, ст. 1008.

исполнение иностранных судебных актов перечисленных выше видов,—а только признание их силы, если иностранный суд обладал компетенцией на их издание. Такая компетенция не должна, однако, определяться по линии разграничения юрисдикции, а должна быть тесно связана с нормами коллизионного права. Если (и только при этом условии) правоотношение, с которым связан акт иностранного суда, согласно английскому международному частному праву, регулируется внутренним материальным правом, действующим в стране, где находится этот иностранный суд,—то такой судебный акт будет признан[1]. Например, полномочия опекуна, назначенного иностранным судом, зависят от того, совпадает ли личный закон опекаемого с правом той страны, в которой опекун был назначен. Если это так, то его положение в Англии не отличается от положения опекуна, получившего опекунство в силу закона (*ipsa lege*) или по завещанию без всякого официального акта.

237. 2. *Решения коронного суда. Арбитражные решения*

Решение должно быть вынесено коронным судом (Court of Law). Не имеет значения, установлен ли этот суд одним государством или несколькими государствами в силу международной конвенции, или же он является церковным судом. В то же время частные арбитражные суды не являются «судами» в строгом смысле этого понятия, так как их решения не могут приводиться в исполнение внутри страны, в которой они были вынесены, без приказа о принудительном исполнении, выданного судом этой страны. Эти решения, как выразился судья Ив, говоря о решениях германского арбитража[2], — «являются мертворожденными для всех практических целей до тех пор, пока суд не придаст им жизнеспособности». Но вместе с тем арбитражное решение, до того, как оно подвергается принудительному исполнению, создает обязательство одной стороны в отношении другой стороны исполнить все то, что решение ей предписывает. Несомненно, что сторона, в пользу которой вынесено арбитражное решение, может предъявить иск на основании этого решения без того, чтобы снова возвращаться к первоначальному основанию иска, и что все эти положения в одинаковой мере применимы и к иностранному арбитражному решению[3]. Но такой иск, основанный на арби-

---

[1] См. *Mann*, 59 L. Q. R. (1943) 55. См. ниже, §§ 268, 269 относительно venia aetatis, émancipation и запрета.

[2] По делу Merrifield, Ziegler and Co. v. Liverpool Cotton Association Ltd. (1911), 105 L. T. R. 97, 106.

[3] Norske Atlas Insurance Co. v. London General Insurance Co. (1927), 43 T. L. R. 541.

тражном решении, не является иском по иностранному судебному решению, вынесенному судом государства. В странах, например, в которых принудительное исполнение иностранных судебных решений поставлено в зависимость от взаимности, эта зависимость не применяется в отношении иностранных арбитражных решений[1]. Нормы общего права о принудительном исполнении арбитражных решений были существенно изменены в законодательном порядке. Два английских закона, Arbitration Clauses (Protocol) Act 1924 г.[2] и Arbitration (Foreign Awards) Act 1934 г.[3] были приняты для того, чтобы придать силу двум женевским конвенциям, соответственно от 1923 г. и 1927 г.[4]

Каждое из договорившихся государств признает действительность соглашений об арбитраже между сторонами, подчиненными юрисдикции одного из договаривающихся государств, даже в том случае, если арбитражное разбирательство имеет место в какой-либо третьей стране. Арбитражная процедура регулируется волей сторон и правом того государства, на территории которого эта процедура имеет место. Это государство обеспечивает исполнение арбитражного решения. Некоторые из участвующих в конвенции государств (как, например, Франция, Бельгия, Нидерланды, Испания и Румыния) ограничили свои обязательства о принудительном исполнении только решениями, относящимися к торговым (коммерческим) договорам. Для признания и принудительного исполнения арбитражных решений, регулируемых указанными выше законами 1924 и 1934 гг., требуется выполнение определенных условий, в частности, чтобы соглашение об арбитраже было действительно с точки зрения права, подлежащего применению к этому соглашению, и чтобы принудительное исполнение арбитражного решения не противоречило английскому публичному порядку «или английскому праву»[5]. Принудительное

---

[1] Истец только должен доказать, что стороны согласились подчиниться арбитражному суду, что арбитраж был проведен в соответствии с соглашением о подчинении и что решение арбитража действительно в стране, где оно было вынесено; Norske Atlas etc. v. London General Insur. Co., loc. cit.

[2] 14 and 15 Geo. V, c. 39.

[3] 20 Geo. V, c. 15.

[4] Ратифицированы большим количеством государств; перечень см. *Read*, loc. cit., p. 79, note 104.

[5] Здесь, как и по некоторым другим пунктам, английский закон 1930 г. отступает от текста Женевской конвенции 1927 г. Ст. 1 (е) конвенции говорит о признании, которое находится в противоречии с «принципами права той страны, в которой намереваются на него ссылаться», а французский текст (являющийся аутентичным) также ограничивает непризнание случаем, когда признание было бы «contraire aux principes du droit public» (противно принципам публичного права). Мы пола-

исполнение арбитражного решения может быть осуществлено либо путем иска, основанного на этом решении, либо судебным приказом, разрешающим исполнение в таком же порядке, как это делается по судебному решению, вынесенному государственным судом.

238. 3. По вопросам гражданского права или торгового права

Это должно быть судебное решение, относящееся к гражданским или торговым делам, включая вопросы гражданского состояния. Решения карательного характера или по вопросам административного права, например, налогового права, не имеют действия в Англии[1]. Может, однако, случиться, что суд в одном и том же решении возлагает на ответчика возмещение убытков и уплату штрафа. Некоторые континентальные системы в определенных случаях допускают такую «объединенную процедуру». Если части такого судебного решения могут быть отделены одна от другой, то его гражданская часть, но не карательная, будет иметь экстерриториальное действие и будет признана в Англии[2].

239. 4. Компетентная юрисдикция в отношении исков

Иностранный суд, выносящий решение, должен быть судом компетентной юрисдикции, т. е. судом такой страны, в которой юрисдикция в отношении данного предмета спора может быть осуществлена не только согласно закону этой страны, но также и согласно английскому праву[3]. Согласно английскому праву, иностранный суд обладает компетентной юрисдикцией при следующих условиях:

а) Он обладает юрисдикцией в отношении исков in personam:

(I) если ответчик находился в этом иностранном государстве в момент предъявления к нему иска[4], или

(II) в то время являлся резидентом этой страны[5], или

гаем, что текст английского закона—разд. 3 (I), конец—должен быть истолкован в соответствии с английским текстом конвенции, так как этот текст, хотя и не составляет части английского закона, был к нему приложен.

[1] См. выше, §§ 163, 164. См. о деле Boucher v. Lawson (1734): *Holdsworth*, Hist. of English Law. XI, 270.

[2] См. об этом *Pillet*, Traité prat., II. 576 et seq.; *Bartin*, Principes, 479. Против: *Kohlrausch*, Rheinische Zeitschrift, 12, 130.

[3] См. выше, §§ 44 и 45.

[4] Garrick v. Hancock (1895) 12 T. L. R., 59. Schibsby v. Westenholz (1870), L. R. 6 Q. B. 155, 161. Emanuel v. Symon (1908), I K. B. (C. A.) 302, 309.

[5] Schibsby v. Westenholz loc. cit. Rousillon v. Rousillon (1880) 14 Ch. D. 351, 371. Сомнительно, однако, понимается ли здесь под резиденцией (постоянным пребыванием) нечто большее, чем присутствие (Dicey, 403). Со-

(III) если он в прямо выраженной или подразумеваемой форме подчинился юрисдикции иностранного суда, например, если он оспаривает иск по существу[1]. Можно ли рассматривать как подчинение юрисдикции простой факт появления ответчика в суде для того, чтобы оспаривать юрисдикцию? Такие случаи было бы неправильно рассматривать как подчинение, но по делу Harris v. Taylor апелляционный суд единодушно и неудачно принял противоположный взгляд[2], рассматривая возражение ответчика против юрисдикции как возражение по существу дела (*protestatio facto contrario*).

(IV) Вопрос о том, является ли г р а ж д а н с т в о достаточным основанием для юрисдикции, остается под сомнением[3].

(V) Домицилий определенно не является таким основанием. Компетенция суда не может также базироваться

(VI) на том факте, что ответчик имеет и м у щ е с т в о в стране, где находится суд[4], или что д о г о в о р был з а к л ю ч е н, или подлежит и с п о л н е н и ю в этой стране, или что там было допущено п р а в о н а р у ш е н и е, создающее обязательство[5].

(VII) Мы уже видели (выше, § 58), что исками *in personam* могут быть не только иски, возникающие из обязательства, но также и иски, вытекающие из *ius in rem*, такие, как иск собственника о возврате движимого имущества или земельного участка, находящегося во владении ответчика, или иск, имеющий своей целью установление правового титула сторон в отношении движимого или недвижимого имущества. Английское право, повидимому, считает иностранные суды компетентными выносить решения по такого рода искам, если земельный участок или недвижимое имущество находятся в той же стране, что и суд. В отношении недвижимого имущества такая юрисдикция даже является исключительной; английский суд не признает решения суда страны X, если спорная недвижи-

---

гласно всем континентальным системам, постоянное пребывание (резиденция) во всех случаях является достаточным основанием для юрисдикции, и, так как эти системы допускают вызов резидента в суд повесткой, даже если он временно отсутствует,—норму, устанавливающую, что постоянное пребывание создает юрисдикцию, следует признать логичной. См. также Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act, 1933, s. 4 (2. (a) (IV).

[1] Freyericke v. Hubbard (1902) 71. L. J., K. B. 509; Copin v. Adamson (1874) L. R. 9 Ex. 345.

[2] (1915) 2 K. B. 580, 587 иначе в случае ст. 4 подст. (2) (a) (1) Закона об иностранных судебных решениях, 1933 г.

[3] См. выше, § 122 (5). *Read*, loc. cit. 151 et seq.

[4] Emanuel v. Symon (1908) I K. B. 302.

[5] Sirdar Gurdyal Signh v. Rajah of Faridkote (1894) A. C. (P. C.) 670, 684.

мость расположена в Англии или в стране Y, и это положение, вероятно, относится также и к искам об убытках за нарушение границ такой недвижимости[1].

240. По искам in rem

б) Иски *in rem*, т. е. иски, имеющие действие в отношении всех (*adversus omnes*)[2]:

(I) По делам о материальных предметах (судно или земельный участок)—исключительной юрисдикцией обладает суд той страны, в которой предмет находился в момент вынесения решения[3].

(II) Иностранный суд обладает юрисдикцией по делам о разводе, если (и только при этом условии) в момент возникновения судебного процесса супруги были домицилированы в той стране, где находится суд, независимо от того, где заключен брак[4]. Если судебный приказ о разводе был получен в другой стране, например, в стране, гражданами которой стороны являются, то действительность такого приказа в Англии зависит от того, будет ли он признан в стране домицилия сторон. Французский подданный, домицилированный (в английском смысле этого понятия) в Германии, получающий развод во французском суде, в Англии считается законно разведенным, потому что германское право признает компетенцию французского суда[5]. Компетентная юрисдикция суда, находящегося вне домицилия, в данном случае как бы устанавливается путем обратной отсылки (renvoi)[6].

(III) Юрисдикция иностранного суда в отношении исков о судебном разлучении или о восстановлении супружеских прав, вероятно, основывается либо только на домицилии, либо на месте постоянного пребывания, точно так же, как

---

[1] Ср. Стори, разд. 591, 592; Дайси, правила 93, 97. Некоторая неясность в этом вопросе вызывается тем обстоятельством, что термин «иск in rem» иногда, повидимому, употреблялся в нетехническом смысле. (Комментарии Дайси к правилу 97 говорят о судебных действиях, которые, «строго говоря, не являются исками in rem»). См. *Blackburn*, J. in Gastrique v. Imrie (1870) L. R. 4 H. L. 429. Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act, 1933, s. 4, subs. (2) (в), очень четко проводит следующее различие: в отношении недвижимого имущества—forum situs (суд места его расположения) является компетентным, если это имущество составляет «предмет иска», а в отношении движимого имущества только в том случае, если оно составляет «предмет иска in rem»; этот термин явно употреблен здесь в его техническом значении. О канадском праве см. *Read*, loc. cit., 191.

[2] См. выше, §§ 44, 45.

[3] Gastrique v. Imrie, loc. cit.

[4] Harvey v. Farnie (1880) 5 P. D. 153; (1882) 8 App. Cas. 43. Le Mesurier v. Le Mesurier (1895) A. C. 517. Bater v. Bater (1906) P. 209, 217. Simons v. Simons (1939) I K. B. 490, 498.

[5] Armitage v. Att.-Gen. (1906) P. 135, 141.

[6] См. In re Trufford (1887) 36 Ch. D. 600, 611.

обусловливается юрисдикция английского суда по таким делам[1].

(IV) Юрисдикция иностранного суда на принятие иска о недействительности брака признается английским правом в том случае, если этот суд является либо судом домицилия супругов (*forum domicilii mariti*)[2], либо судом места заключения брака (*forum loci celebrationis matrimonii*)[3]. Это относится как к недействительным, так и к оспоримым бракам[4].

(V) До сих пор еще не установлено, при каких обстоятельствах иностранный суд обладает юрисдикцией для объявления *adversas omnes*, что данное лицо является законнорожденным ребенком своих родителей. Вероятно, по аналогии будут применяться нормы о юрисдикции английских судов[5]. Если гражданин иностранного государства, домицилированный в этом государстве или претендующий на расположенное там имущество, решением суда этого же государства признан законнорожденным, то можно предположить, что английское право признает такое решение.

(VI) В отношении наследования недвижимостей компетентная юрисдикция принадлежит суду местонахождения имущества (*forum situs*), в то время как наследование движимого имущества относится к юрисдикции суда домицилия[6].

241. 5. *Действительное решение*

Решение должно быть действительным с точки зрения права суда, вынесшего это решение. На первый взгляд, кажется совершенно очевидным, что судебное решение, не имеющее действия в собственной стране, не может иметь никакого действия за границей. Тем не менее, английское право допускает исключение из этого положения, хотя результат «звучит парадоксально», как выразился сам выдающийся судья, установивший это исключение[7]: судебное решение, недействительное, с точки зрения своего собственного права, ввиду

---

[1] См. выше, §§ 79, 80.

[2] Salvesen v. Administrator of Austrian Property (1927) A. C. 641, 652. В тех случаях, когда домицилий изменился после заключения брака, компетентный суд определяется домицилием супругов в момент предъявления иска.

[3] Mitford v. Mitford (1923), P. 130.

[4] В случае импотенции, вероятно, по аналогии будет применен принцип, примененный по делу Inverclyde v. Inverclyde (1931), P. 29 (исключительная юрисдикция *forum domicilii*).

[5] См. выше, § 81.

[6] По делу Trufford (1887) 36 Ch. 600, 611, было допущено renvoi от *forum domicilii* к суду страны гражданства умершего. См. выше, § 186. 3 (a).

[7] *Lindley*, M. R. in Pemberton v. Hughes (1899) 1 Ch. 781, 790.

какого-либо процессуального недочета, считается действительным в Англии, если суд обладает юрисдикцией в отношении заинтересованных лиц и в отношении предмета, которого касается решение[1].

Так, например, приказ о разводе, изданный компетентным судом во Флориде, где стороны были домицилированы и имели свое место постоянного пребывания, английским судом был объявлен действительным, хотя процедура, проведенная во Флориде, была неправильна и хотя один из экспертов по флоридскому праву признал, что этот процессуальный дефект ставит под сомнение действительность судебного приказа. Трудно, однако, поверить, чтобы незначительный недочет во флоридской судебной процедуре мог, согласно праву какой-либо страны на нашей планете, сделать это судебное решение ничтожным и недействительным: всюду предусмотрены способы, которыми можно приостановить действие неправильного судебного решения или аннулировать его в течение определенного срока путем апелляции или возобновления производства по делу и, следовательно, если английский суд признал, что указанное выше судебное решение следует оставить в силе, несмотря на мнение эксперта о позиции флоридского права по этому вопросу, это, быть может, было осторожным выражением обоснованной склонности суда не доверять утверждениям эксперта.

Судебные решения, которые были бы абсолютно недействительны сами по себе (*per se*), т. е. без какого-либо судебного акта об их отмене,—встречаются исключительно редко[2]. Если церковный суд, обладающий полномочиями на вынесение решений о недействительности брака или разлучении супругов, превысит свои полномочия и вынесет решение также и об имущественных отношениях между супругами, то эта часть решения может рассматриваться как абсолютно недействительная. Если, далее, полицейский суд, компетентный только налагать наказания, возложит на ответчика обязанность уплатить убытки потерпевшему лицу, то может возникнуть вопрос о том, выходит ли это решение за пределы полномочий суда или можно ли этот акт вообще называть решением. Судебное решение, вынесенное против иностранного государства или суверена, можно рассматривать как недействительное. Однако, за исключением таких крайних случаев, дефектные судебные решения не являются недействительными *ab initio* (с самого начала), а становятся недействительными лишь после опре-

---

[1] Vanquelin v. Bouard (1863), 15, C. B. (N. S.), 341, 367. Pemberton v. Hughes, loc. cit.

[2] См., однако, *Ernst Wolff*. Grotius Sor., 1944, 102, 111 et seq.

деления об их отмене, которое может быть получено, если, например, судья был подкуплен и на него было наложено наказание или если главный свидетель был признан виновным в лжесвидетельстве[1]. В случае вынесения определения об отмене первоначальное судебное решение утрачивает свое внутреннее и экстерриториальное действие. Как правило, однако, процессуальная ошибка или даже намеренное нарушение процессуальных законов не порождают ни ничтожности, ни недействительности решения, но только делают его неправильным, и решение, таким образом, остается действительным. Так, в частности, дело обстоит в любой стране в отношении «внутритерриториальной компетенции» суда. Распределение юрисдикции между различными судами государства—по признаку предметному (*ratione materiae*)[2] или территориальному (*ratione loci*)[3]—едва ли когда-либо влияет на действительность судебного решения.

242. 6. Окончательное судебное решение

Судебное решение должно быть окончательным[4] Это не означает, что решение должно представлять собой «*sententia quae nullo remedio attemptari potest*»—определение, которое нельзя пытаться исправить какими бы то ни было средствами[5]. Оно может быть обжаловано в порядке апелляции, кассации или надзора, и если даже апелляционная жалоба находится в стадии рассмотрения, то это не препятствует английскому суду рассматривать решение как окончательное[6]. В этом отношении континентальные правовые системы иногда придерживаются различных взглядов. Германское право, например, признает иностранные судебные решения только в том случае, если они вступили в законную силу (*rechtskräftig*), т. е. если

---

[1] Ср., например, германское возобновление судебных действий по гражданскому процессуальному кодексу, § 578 и след. О лжесвидетельстве см. дело Jacobson v. Frachon (1928) 138 L. T. 386, 394 (судья Аткин). В случае взяточничества может быть допущена ссылка на обман (см. дальше, § 247) в качестве возражения, даже без определения иностранного суда об отмене.

[2] Окружные суды, общие суды, коммерческие суды и т. д.

[3] Парижские суды, марсельские суды и т. д.

[4] Обычное выражение: «окончательное и безусловное» [см. также Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act, 1938 (23 Geo. V, c. 13), s. 1, subs. (2) (a), (3)], повидимому, означает не больше, чем «окончательное».

[5] Dig. 12, 6, 23, 1, in fin.

[6] Scott v. Pilkington (1862) 2 B. and S., 11, 41; Beatty v. Beatty (1924) 1 K. B. 807, 815. См. также Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act, 1933, s. 1, subs. 3. Иначе: The Arbitration (Foreign Awards) Act, 1930 (20 Geo. V, c. 15), s. 5. Подача кассационной жалобы, может, однако, «дать основание для вмешательства суда... в смысле приостановления исполнения»; Scott v. Pilkington, loc. cit.

право на апелляцию или на пересмотр отсутствует. Французские суды большей частью разделяют это мнение, хотя сам вопрос еще нельзя считать окончательно разрешенным[1]. Окончательность решения в английском праве понимается в том смысле, что данное решение не может быть изменено судом, его вынесшим[2]. Примеры этому можно найти в любой стране. Наряду с обычными судебными процессуальными действиями все правовые системы предусматривают для определенных случаев некоторые виды упрощенных судебных производств, в которых ограничена возможность представления доказательств, сокращены сроки и ответчик лишен права подвергать обсуждению все дело в целом. Решения, выносимые в результате таких упрощенных судебных производств, большей частью подлежат немедленному исполнению, но ответчику разрешается продолжать свою тяжбу в обычном процессуальном порядке в том же самом суде и там приводить любые возражения, допускаемые законом, и пользоваться любой формой доказательств. Если ему удается защитить себя против иска, суд отменяет предыдущее решение и выносит решение в его пользу[3]. В большинстве стран наиболее характерные примеры такого «разделенного» судопроизводства можно найти по делам о векселях, держатели которых крайне заинтересованы в том, чтобы как можно скорее получить подлежащее исполнению решение, даже если оно будет только предварительным[4]. Такие предварительные решения иностранных судов в Англии не признаются и не подвергаются принудительному исполнению. Другой пример неокончательных судебных решений представляют собой заочные решения (при уклонении от явки в суд). Во многих странах суд, вынесший такое решение, обязан, или ему, по крайней мере, разрешается, отменить его, если ответчик возбуждает ходатайство о такой отмене в течение определенного срока[5]. Третий и очень существенный пример представляют собой иностранные приказы о содержании, когда суду, издающему такие приказы, в силу закона предоставлено право изменять их в дальнейшем, т. е. регулировать будущие очередные платежи в соответствии с изме-

---

[1] Германский гражданский процессуальный кодекс, § 328. Французское право; см. *Pillet*, Traité prat., II, 642 et seq.

[2] Nouvion v. Freeman, (1889) 15 App. Cass. 1, 13. (per Lord Watson); Beatty v. Beatty, loc. cit.

[3] См. Nouvion v. Freeman, loc. cit. (трактует о различии в испанском праве между обычным и «исполнительным» (remate) решением).

[4] Пример: германский гражданский процессуальный кодекс, §§ 599, 600.

[5] См., например, германский гражданский процессуальный кодекс, §§ 331, 338; итальянский гражданский процессуальный кодекс, ст. 474.

нившимися обстоятельствами[1]. Такие решения в Англии не признаются[2].

Само собой понятно, что иностранное окончательное судебное решение в Англии не будет иметь большего действия, чем оно имеет в стране, где оно было вынесено. Иностранный приказ о разводе, например, становится окончательным в момент его вынесения, но он расторгает брак лишь после того, как истек срок для апелляции или пересмотра, или после того, как апелляционный суд или верховный суд отклонит апелляционную жалобу.

243. 7. *Решение о денежном долге*

Судебное решение *in personam* должно быть решением о денежном долге, т. е. об уплате определенной суммы денег[3]. Иностранное судебное решение, предписывающее ответчику исполнение договора в натуре или возврат движимого имущества его собственнику, не может быть подвергнуто принудительному исполнению в Англии. Но может ли такое решение быть признано окончательным (*res judicata*)? Мы полагаем, что может, хотя мы не можем подтвердить наше мнение ссылкой на какие-либо источники. Если, например, истец предъявляет в английском суде иск, требуя уплаты убытков, возникших в связи с неисполнением обязательства, установленного первоначальным судебным решением, ответчику (вероятно) не будет разрешено в качестве возражения ссылаться на то, что это решение было неправильное.

244. 8. *Решение не должно противоречить публичному порядку*

Признание иностранного судебного решения не зависит от его существа[4]. Даже если иностранный суд пришел к своим выводам, неправильно понимая свое собственное право, то такое его судебное решение не может быть опорочено по этому основанию. Это правило имеет, однако, некоторые исключения.

а) Решение не должно противоречить английскому публичному порядку (public policy) (см. выше, §§ 169, 171). Пример. Между двумя домицилированными французами был заключен во Франции договор, действительный с точки зрения фран-

---

[1] Германский гражданский процессуальный кодекс, § 323,

[2] Harrop v. Harrop (1930) 3 K. B. 336. In re Macartney (1921) I Ch. 522. Beatty v. Beatty (1924) I K. B. 807, 815.

[3] Sadler v. Robins (1808) I Camp. 253. Henley v. Soper (1828) 8 B. and C. 16, 21.

[4] Castrique v. Imrie (1870) L. R. 4 H. L. 414; Godard v. Gray (1870) L. R. 6 Q. B. 139. Mezger v. Mezger (1936) 3 A. E. R. 130 (развод по мотивам оскорбительного поведения).

цузского права, но, согласно английскому праву, признанный недействительным как ограничивающий свободу торговли; одна из сторон предъявляет во Франции к другой стороне иск о нарушении этого договора, допущенном в Англии, и получает судебное решение на определенную сумму. Такое судебное решение не имеет действия в Англии[1].

245. *Решение не должно противоречить естественной справедливости*

б) Часто указывалось на то, что судебное решение не должно в существенном вопросе находиться в противоречии с естественной справедливостью (*natural or substantial justice*); но далеко не ясно, что разумеется под этим неопределенным и неясным выражением. Оно, повидимому, главным образом, указывает на нарушение правила *audiatur et altera pars* (следует выслушать и другую сторону). Если ответчику не была предоставлена «разумная возможность защищать свое дело»[2], в частности, если он не получил уведомления «достаточно заблаговременно для того, чтобы он мог предпринять связанные с ним действия и защищаться во время судопроизводства»,—решение в этом случае не будет признано в Англии[3]. В то же время нарушение материального права, приводящее к совершенно неправильному судебному решению, хотя и бесспорно противоречащему справедливости, не рассматривается как противоречащее «естественной» справедливости, если только не будет нарушен какой-либо правовой принцип, общий для всех (или практически для всех) наций.

246. *Решение, базирующееся на неизвестном данной правовой системе основании иска*

в) Ни в коем случае нельзя считать ясным, запрещает ли английское право признание иностранного судебного решения, если основание иска,—на котором базируется это решение,—неизвестно английскому праву. Существование такого запрещения подтверждается авторитетом Дайси[4], но не каким-либо ясным прецедентом.

По одному известному американскому делу[5] было поста-

---

[1] См. Rousillon v. Rousillon (1880) 14 Ch. D. 351.

[2] Report of Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Committee, 1932, Cmd. 4213, 8 (n) цитир. у. Read, p. 287.

[3] Rudd v. Rudd (1924) P. 72, 76. Jacobson v. Frachon (1928) 138 L. T. 386, 392. См. *Read*, 281 et seq.

[4] *Dicey*, Exception to Rule 114, p. 470. См. выше, § 170 (3).

[5] De Brimont v. Perriman (1873) 10 Blatch. Cir. Ct., 436. (*Beale*, Cases on Confl. of Laws, I, 433). См. *Read*, 293—295 et seq.

новлено, что судебное решение об уплате содержания, полученное зятем против своего тестя, не должно быть признано; основанием для иска, на котором это решение базировалось, служило постановление французского гражданского кодекса[1], согласно которому при известных обстоятельствах существует вытекающая из закона обязанность тестя и тещи содержать зятя или сноху, если это необходимо[2].

Английское решение по делу Макартни[3] отчасти было основано на этом решении. Мальтийский суд, применяя мальтийское право, вынес решение в пользу незаконнорожденной дочери против личного представителя её отца, присудив ей пожизненное содержание из наследственного имущества отца. Английский суд отказал в признании этого решения по ряду соображений, одно из которых, действительно, заключалось в том, что претензия по своему характеру не создает основания для иска в Англии. Другое соображение, однако, указывало на то, что признание пожизненных прав незаконнорожденных детей противоречит установленному в Англии порядку, причем особенно подчеркивалось то обстоятельство, что интересы ребенка не ограничиваются периодом его несовершеннолетия. Таким образом, нам кажется, предотвращается возможность нелогичного предложения о том, что в признании иностранного судебного решения может быть отказано только по тому мотиву, что основание иска неизвестно английскому праву.

247. Решение не должно быть получено обманным путем

г) Старое правило о том, что «обман все уничтожает» (*fraus omnia corrumpit*), применяется к иностранным судебным решениям, несмотря на то, что судебное решение является окончательным решением по существу дела. Очень часто и во всех странах обсуждался вопрос о том, что превалирует: опорочивающее влияние обмана на действительность судебного решения или же сила принципа *res judicata*. Этот вопрос не является проблемой международного частного права, так как не имеет значения, было ли спорное решение вынесено иностранным или местным судом[4]. Некоторые континентальные, в особенности германские, авторы полагают, что *res*

---

[1] Ст.ст. 206, 207.

[2] Loc. cit. (*Bea e*, Cases on Confl. of Laws, I, 436): «американские суды воздержатся от признания такого положения, что если американский гражданин посетит Францию... то его сын в результате поспешного или неразумного брака может взвалить на своих родителей вечное бремя ежегодной ренты на содержание жены».

[3] (1921) I Ch. 522.

[4] Vadala v. Lawes (1890) 25 Q. B. D. 310, 316.

judicata должно преобладать при всех обстоятельствах и что даже ссылка на обман со стороны лица, в пользу которого вынесено решение, не может быть использована как возражение[1]. Суды большей частью отвергали эту точку зрения[2]. Английское право не проводит никакого различия между обманным использованием судебного решения и обманным использованием закона. Закон не должен стать орудием обмана, и поэтому суд, «не отменяя парламентского акта, возлагает ответственность на лицо, получившее правовой титул по этому акту, и возлагает на него персональное обязательство»[3]; точно так же поступает суд и в случае обманного использования судебного решения. Еще в 1915 году по делу графа Оксфордского[4] (Earl of Oxford case) лорд Эллесмир высказал мнение, что «если судебное решение получено путем оказания давления или путем неправды, то канцлер должен отменить такое решение не потому, что оно ошибочно или порочно само по себе, а вследствие недобросовестности стороны». В наше время вопрос об «отмене решения» не ставится. Кредитор по судебному решению (т. е. лицо, в пользу которого оно вынесено) только лично обязан воздержаться от использования такого решения.

Обман может быть двух видов: либо *dolus praesens* (злой умысел в настоящем), либо *dolus praeteritus* (злой умысел в прошлом). В первом случае кредитор по решению допускает обманное действие, используя решение, полученное им без какого-либо обмана; например, если судебное решение было вынесено в отсутствие ответчика и истец обещал не подвергать его принудительному исполнению, но после выигрыша дела изменил свое мнение и нарушил обещание[5]. Во втором случае кредитор по решению своими обманными действиями способствовал вынесению решения в его пользу; например, если истец подкупил судью[6], или обманным образом заставил ответчика не явиться в судебное заседание, или представил в качестве доказательства поддельные документы, зная о том, что они поддельные[7], или склонил знакомого ему свидетеля

---

[1] Hellwig, System d. Civillprozessrechts, I. 785. *Oertmann*, Archiv für bürgerlich. Recht, 42, I et seq.

[2] Германский верховный суд, Off. Coll., 36, 249; 46,75; 61, 359; 78, 390.

[3] McCormick v. Grogan (1869) L. R. 4 H. L. 82, 97.

[4] Перепечатано в White and Tudor (9th ed.) I. 615, 619. См. Duchess of Kingston's Case (1776), Harg. State Trials, 602.

[5] См. дело в Герм. вверх. суде Offic. Call., 36, 249.

[6] Или, как в деле Price v. Dewhurst (1837) 8 Sim., 279, 305, 306, в котором Executor's Court of Dealing на датском острове Сан-Круа использовал форму судопроизводства для того, чтобы вынести решение, благоприятное для самих судей.

[7] Priestman v. Thomas (1884) 9 P. D. 210. Cole v. Langford (1898) 2 Q. B. 36.

к лжесвидетельству или даже только к пристрастному показанию, с тем чтобы ввести суд в заблуждение[1]. Если истец в течение всего процесса действует добросовестно, а впоследствии узнает, что все, что показал его главный свидетель, было неправдой, он может, тем не менее, подвергнуть решение принудительному исполнению, без того чтобы против него могло быть возбуждено обвинение в обмане[2].

Указывалось на то, что ссылка на обман не должна приниматься во внимание при пересмотре в судебном заседании вопросов, по которым суд первой инстанции вынес решение[3]. Признание этого положения, однако, было бы преувеличением. Для того, чтобы опорочить судебное решение по мотивам обмана, иногда совершенно неизбежно приходится затрагивать существо этого решения, несмотря на действие принципа *res iudicata*. В этом отношении точка зрения английского права твердо установилась в решениях по делу Abouloff v. Oppenheimer[4] и, особенно, по делу Vadala v. Lawes[5]. Эта точка зрения не отличается от взглядов, преобладающих в континентальных правовых системах.

Одно ограничение следует, однако, принять во внимание, когда ссылка на обман допускается в качестве возражения (против судебного решения). В тех случаях, когда иностранное судебное решение, согласно законам той страны, в которой оно было вынесено, может быть отменено в порядке особого судопроизводства как, например, процедура пересмотра по германскому праву[6], ссылка на обман, как правило, не должна допускаться, если не было сделано попытки добиться отмены решения в иностранном государстве средствами, указанными законами этого государства. Так, например, по германскому праву лжесвидетельство или взяточничество судьи является основанием для отмены судебного решения, если обвиняемый был признан виновным в совершении указанных преступлений или если вынесение ему обвинительного приговора было невозможно ввиду его смерти или отсутствия[7]. В тех случаях, когда германское судебное решение должно быть подвергнуто принудительному исполнению в Англии, ссылка на обман, выразившийся в ложных показаниях свидетеля, которому

---

[1] Мнение судьи Аткина по делу Jacobson v. Frachon (1928) 138. L. T. 386, 394.

[2] Jacobson v. Frachon (1928) 138. L. T. 386, 394.

[3] *Cheshire*, 624; *Read*, loc. cit., 275 и канадские дела, цитированные Ридом.

[4] (1882) 10 Q. B. D. 295.

[5] (1890) 10 Q. B. D. 210.

[6] Германский гражданский процессуальный кодекс, § 578 и след.

[7] Гражданский процессуальный кодекс, § 581.

покровительствовал истец и, как утверждает ответчик, которого он склонил к лжесвидетельству, (вероятно) не будет признана, если не было возбуждено уголовное преследование, повлекшее за собой наказание преступника.

Обман может сделать недействительным только судебное решение *in personam*. Если иностранный суд, обладающий юрисдикцией, вынес решение о разводе, то нельзя отказать в признании самого приказа о разводе на том основании, что обманные действия одной стороны против другой или их обманный сговор имели в виду ввести суд в заблуждение[1]. Приказ о разводе остается в силе, несмотря на совершенный обман, и стороны, следовательно, могут вступить в новые браки. Это, однако, не исключает права обманутой стороны предъявить персональный иск об убытках, содержании и т. п. и при этом ссылаться на обман, при помощи которого было достигнуто решение о разводе.

Коллидирующие судебные решения

248. *Коллидирующие судебные решения*

Может случиться (хотя, к счастью, это бывает редко), что судебный спор между одними и теми же сторонами или их соучастниками и по одному и тому же предмету спора возбуждается в компетентных судах двух стран и что мнения этих судов расходятся. Кредитор для того, чтобы подвергнуть принудительному исполнению свою претензию на германское и французское имущество своего должника, предъявляет к нему иск в обеих странах; германский суд отказывает в иске, а французский суд выносит решение в пользу истца. Если кредитор при таких обстоятельствах добивается в Англии принудительного исполнения решения французского суда[2], то может ли ответчик выдвигать в качестве возражения принцип *res iudicata*, ссылаясь на решение германского суда?

В области внутреннего права указывалось на то, что при наличии двух расходящихся решений, вынесенных судами одной и той же страны, если оба эти решения окончательные и не могут быть обжалованы,—следует считать, что более позднее решение заменяет собой ранее вынесенное, так же, как имеет перевес новый закон, коллидирующий со старым[3]. Правильность такого утверждения сомнительна даже в отношении внутреннего права, но оно определенно неправильно,

---

[1] См., однако, Growe v. Growe (1937) 157 L. T., 557.

[2] Если он будет добиваться принудительного исполнения во Франции, он добьется положительных результатов; см. *Pillet*, Traité, II, 681.

[3] Герм. верх. суд. Off. Coll., 52, 218; *Bar*, II, 479, 480 (пr. 445).

когда речь идет о коллидирующих судебных решениях, вынесенных в разных странах. Ни один суд не правомочен аннулировать судебные решения, вынесенные в двух государствах, Противоположный взгляд мог бы привести к неудовлетворительному результату, так как один суд мог вынести свое решение раньше другого суда благодаря случайным обстоятельствам, не имеющим никакого отношения к делу. Мы полагаем, что при наличии двух коллидирующих иностранных решений будет правильно не признавать ни одного из этих решений. В этом случае создается положение, сходное с тем, когда А. и Б. заключают между собой договор, в то время как их агенты, действующие от их имени, заключают другой договор о том же предмете, но на других условиях: ни один из этих договоров не остается в силе. Если одно из двух коллидирующих иностранных судебных решений было вынесено английским судом, второе, иностранное, решение, вероятно, не будет признано или подвергнуто принудительному исполнению в Англии[1].

249. *Дело Вреде*

О двух коллидирующих судебных решениях можно говорить только в том случае, если оба эти решения относятся к одному и тому же вопросу (*eadem res*). Не будет коллидирующих решений, если спорный вопрос, по которому вынес свое решение один суд, становится существенным только как побочный вопрос по второму иску, по которому подлежит разрешению другой предмет спора. Это обстоятельство, повидимому, было упущено из виду во французском деле Вреде[2]. В несколько измененном и упрощенном виде это дело заключается в следующем: *H*. женился на *W*. в Австрии; после женитьбы он стал домицилированным русским подданным; по мотивам, основанным на русском церковном праве, русский суд объявил брак *H*. недействительным. После этого *W*. вступила во Франции во второй брак с домицилированным немцем *G*. Затем *G*. получил решение германского суда о недействительности его брака с *W*. Основанием для аннулирования этого брака послужило то обстоятельство, что германский суд не признал юрисдикции русского суда и рассматривал брак между *H*. и *W*. как действительный. После решения германского суда о недействительности его брака *G*. женился в Англии на англичанке *E*. Теперь допустим, что в английском суде возникает вопрос о недействительности брака *G*. и *E*. Какие обстоятельства должен суд принимать во внимание? Доказывали, что суд

---

[1] Хотя английский суд, несомненно, не приведет тех мотивов, какие приводят французские суды (публичный порядок). См. французское дело Pavoncelli v. Mallet, J. Clunet, 1892, 667; *Pillet*, II, 681 et seq.

[2] См. выше, § 231.

должен сделать выбор между двумя коллидирующими судебными решениями—русским и германским, так как он не может признать и то и другое; если брак между *H*. и *W*. недействителен, как это признал русский суд, тогда следует считать действительным брак между *G*. и *W*., и, следовательно, английский брак между *G*. и *E*. следует рассматривать как недействительный. С другой стороны, если германский суд был прав, признавая действительным брак между *H*. и *W*., тогда *G*. и *E*. заключили действительный брак. Такой метод рассуждения едва ли можно защищать. Здесь нет никаких коллидирующих судебных решений, так как русский и германский суды решали вопрос о действительности совершенно различных браков: в германском решении вопрос, который решил русский суд, является только основанием, на котором базируется решение о совершенно другом вопросе. Английский суд может и должен признать оба решения: не будет никакой непоследовательности, если оба брака, заключенные *W*., рассматривать как недействительные; если бы она приехала в Англию, она могла бы здесь вступить в законный брак. Но в настоящий момент английскому суду надлежит вынести решение только о действительности брака между *G*. и *E*., а решение этого вопроса зависит исключительно от того, будет ли признано решение германского суда. Не имеет значения, является ли это решение достаточно обоснованным или нет, так как оно не может быть подвергнуто сомнению по существу.

Принудительное исполнение признанных иностранных судебных решений

250. *Исполнение («экзекватур») и actio judicati*

Ни одно государство не допускает принудительного исполнения иностранных судебных решений путем их непосредственного исполнения без вмешательства какого-либо авторитетного акта того государства, на территории которого исполнение решения должно быть осуществлено. Причину такого положения не следует искать в понятии суверенитета (часто неправильно употребляемом), которое якобы не допускает, чтобы суды одного государства могли давать какие-либо распоряжения исполнительным органам другого государства. Эта причина заключается в том, что вопрос о возможности признания судебного решения связан с исследованием многих сложных правовых вопросов, и такое исследование было бы неправильно предоставить исполнительным органам.

Условия, от которых зависит разрешение исполнения решения, не одинаковы в различных странах. Английская система, очень сходная с германской, резко отличается от системы,

действующей во Франции. Согласно германскому праву, иностранное судебное решение, отвечающее всем условиям, необходимым для его признания, может быть подвергнуто принудительному исполнению, если разрешение на исполнение было дано в виде «исполнительного судебного решения» (executive judgment) германского суда; такое решение должно быть вынесено без исследования вопроса о том, правильно ли иностранный суд применил то право, которому, согласно его коллизионным нормам, подчиняется данный случай[1]. С другой стороны, французское право разрешает суду до выдачи разрешения на исполнение (которое соответствует исполнительному судебному решению) подвергнуть полному новому исследованию все дело, для того чтобы убедиться в том, что решение удовлетворительно как с фактической, так и с правовой стороны. Французский суд обладает правом не только разрешить или отказать в исполнении решения, но также и изменять решение; это последнее право, однако, находится под сомнением[2].

По английскому праву иностранное судебное решение, удовлетворяющее условиям, требующимся для его признания, образует действительное основание для иска. Если одна из сторон, участвовавших в первоначальном процессе, предъявляет в английском суде иск, основанный на иностранном судебном решении (*actio judicati*), то в этом случае принудительному исполнению подлежит не самое иностранное решение, а решение, вынесенное по нему английским судом. Поскольку действительное иностранное судебное решение является окончательным в отношении его существа, английские суды не имеют права, которое присвоили себе французские суды, подвергнуть дело новому исследованию и отказать в исполнении иностранного решения, если они признают его неправильным.

251. Непосредственное принудительное исполнение: 1) по закону 1868 г.

Непосредственное принудительное исполнение судебного решения—без необходимости предварительного получения английского судебного решения—по иску, основанному на состоявшемся иностранном решении, было разрешено тремя английскими законами, правда, в очень ограниченной сфере, и на основе взаимности:

---

[1] Гражданский процессуальный кодекс, § 722, 723.
[2] См. *Pillet*, Traité prat., II, 706 et seq., *Bartin*, Principes, 1,544 et seq.

1) Закон о дополнении судебных решений (The Judgments Extension Act) 1868 г.[1] применяется только к судебным решениям судов Англии и Уэльса, Шотландии и Северной Ирландии. Этот закон не действует в Эйре[2]. В каждой из перечисленных трех стран суд ведет реестр, в котором свидетельствуются решения о присуждении денежных сумм, вынесенные судами двух других стран. С момента регистрации такое свидетельство имеет в отношении исполнения такое же действие, как если бы оно было судебным решением первоначально полученным в суде места регистрации.

252. 2) *По закону 1920 г.*

Закон об отправлении правосудия (The Administration of Justice Act) 1920 г.[3] применяется к решениям о взыскании денежных сумм, вынесенным судами высших инстанций тех британских доминионов, колоний, протекторатов и подмандатных территорий, которые подпадают под действие этого закона в силу королевского указа. В этих странах также ведется реестр, но регистрация зависит от усмотрения суда. Против заявления о регистрации ответчик, обязанный к уплате, может пользоваться всеми теми возражениями, которые он, согласно общему праву, мог бы привести против иска, основанного на иностранном судебном решении[4].

253. 3) *По закону 1933 г.*

Закон о взаимном исполнении судебных решений (The Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act) 1933 г.[5] применяется к решениям относительно денежных сумм, вынесенным судами высших инстанций любого иностранного государства, при условии, если гарантирована действительная взаимность. Если король признал, что это условие выполнено, он может предписать указом в Совете, чтобы названный Закон был распространен на соответствующее иностранное государство. В настоящее время Великобритания заключила договоры, касающиеся взаимного принудительного исполнения судебных решений, только с Францией и с Бельгией

---

[1] 31 and 32 Vict., c. 54. Этот закон был распространен на суды низших инстанций законом 1882 г., Inferior Courts Extension Act, 45 and 46 Vict., c. 31.

[2] Wakely v. Triumph Cycle Co (1924) I K. B. 214, 221. Это, однако, остается под сомнением. Суд Эйре придерживается противоположного мнения; Gieves Ltd. v. O'Conor (1924) 2 Ir. 182. См. *Read*, p. 297.

[3] 10 and 11 Geo. V, c. 81; Part II.

[4] См. ст.ст. 9 и 12 Закона.

[5] 23 and 24 Geo. V., c. 13.

(в 1934 г.); необходимые королевские указы были изданы в 1936 г.[1] Закон 1933 г. применяется также к британским доминионам, колониям, протекторатам и подмандатным территориям, если король своим указом предпишет, чтобы этот Закон имел силу в соответствующей стране. В этом случае указанный в п. 2 Закон об отправлении правосудия 1920 г. «прекращает свое действие, за исключением тех частей (британских территорий), на которые он распространяется на день издания королевского указа»[2]. Повидимому, «намерением законодателя было, чтобы Закон 1933 г. эвентуально заменял собой постановления Закона 1920 г.»[3]. Для принудительного исполнения иностранных судебных решений требуется их регистрация, как это предусмотрено законами 1868 и 1920 гг. По заявлению «кредитора по судебному решению» регистрация должна быть произведена, и суду в этом отношении не предоставлено никакого усмотрения. После регистрации «дебитор по решению» может, однако, возбудить ходатайство об отмене регистрации, например ввиду отсутствия юрисдикции у суда, вынесшего первоначальное решение, или ввиду наличия обмана. Если суд убедится в том, что возражение действительно, он отменяет регистрацию судебного решения. Только в случае ссылки должника на то, что дело уже было однажды решено (*res judicata*),—решение вопроса о регистрации предоставлено на усмотрение суда: если спорное дело «до даты вынесения решения в первоначальном суде уже было предметом окончательного и безусловного решения суда, обладающего юрисдикцией в отношении такого дела»,—суд может отменить регистрацию, но не обязан это сделать[4]. Дискреционное право суда в этом случае соответствует его праву по своему усмотрению приостанавливать иск на основании возражения о том, что дело находится в судебном производстве в другом месте (*lis alibi pendens*)[5].

Последствия регистрации те же, что и последствия, предусмотренные более ранними законами 1868 и 1920 гг. Зарегистрированное судебное решение имеет «для целей приведения его в исполнение ту же силу и то же действие, как если бы оно было решением, первоначально вынесенным судом, производящим регистрацию, и как если бы оно вступило в силу в день регистрации[6].

---

[1] Stat. Rules and Ord, 1936, I, p. 1477, 1503.
[2] Ст. 7 Закона.
[3] См. *Read*, loc. cit., p. 209, note 24.
[4] Разд. 4 (1) (а) и (в) Закона.
[5] См. выше, § 229.
[6] Разд. 2 (2) Закона.

Существенное новшество было введено статьей 6 Закона 1933 г.: если судебное решение м о ж е т быть зарегистрировано, согласно закону от 1933 г., то «кредитор по судебному решению» может его подвергнуть принудительному исполнению только посредством регистрации. Ему не предоставляется возможность предъявления к должнику иска, основанного на иностранном судебном решении, в соответствии с нормами общего права[1].

---

[1] Он может, конечно, предъявить иск по первоначальному основанию, поскольку оно не было поглощено долгом, охватываемым решением. См. выше, § 234, и *Read*, loc cit., p. 300.

Часть IV

РАЗРЕШЕНИЕ КОЛЛИЗИЙ ЗАКОНОВ. ЗАКОНЫ О ЛИЦАХ. СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

I. ФИЗИЧЕСКИЕ ЛИЦА

Лицом называется человек, способный обладать правами. Поскольку рабство и гражданская смерть больше не признаются, каждое человеческое существо является лицом.

254. *Народившийся ребенок*

I. Неродившийся ребенок, ребенок in ventre sa mere (во чреве своей матери), еще не стал лицом, он не имеет никаких прав[1]. Но определенные права сохраняются за ребенком, с тем что они ему будут принадлежать, когда (и если вообще) он станет лицом; таковы, например, право наследования, по некоторым правовым системам—право на возмещение за ущерб, причиненный до рождения, или права, вытекающие из договора, заключенного между двумя лицами в пользу nasciturus (ожидаемого ребенка)[2].

Вопрос о том, какие права сохраняются за ребенком, регулируется *lex causae*, т. е. правом, регулирующим правоотношения, которые могли бы создать эти спорные права. Так, например, право домицилия умершего решает, может ли еще не рожденное дитя наследовать его имущество; «свойственное договору» право определяет, допускается ли обещание в пользу третьего лица (*stipulatio alteri*) и, в положительном случае, может ли такой третьей стороной быть не родившийся еще ребенок, и т. д.

255. *Нежизнеспособный ребенок*

II. Когда рождение уже состоялось, начинается существование лица. Однако некоторые правовые системы требуют для

---

[1] Ср., однако, мнение лорда Хардвика по делу Wallis v. Hodson, 2 Atk. R., 115, 117: еще не родившийся ребенок «является лицом *in rerum natura*, так что в силу норм как общего, так и гражданского права он для всех намерений и целей является ребенком в такой же мере, как если бы он был рожден при жизни отца».

[2] *Winfield*, 8 Cambridge Law Journal (1942) 76,

начала существования лица нечто большее, чем один только факт рождения. Согласно французскому праву и многим законодательствам, основанным на французском гражданском кодексе, необходимо, чтобы ребенок был рожден жизнеспособным (viable); испанский закон требует, чтобы ребенок прожил двадцать четыре часа после своего рождения[1]. Какой закон должен применяться, если ребенок родился нежизнеспособным? Едва ли может быть сомнение в том, что решающим является личный закон; в Англии таким законом является закон домицилия, который ребенок имел бы, если бы он стал лицом. Противоположное мнение, согласно которому на этот вопрос должен дать ответ *lex causae*[2], могло бы привести к абсурдным результатам. Возьмем следующий пример. Незамужняя домицилированная француженка, состоящая во внебрачном сожительстве с домицилированным англичанином, родила нежизнеспособного ребенка, который умер через час после рождения; его отец англичанин умер до рождения ребенка и оставил завещание, по которому он назначил ожидавшегося ребенка наследником всего свободного от долгов имущества. Если признать правильной доктрину *lex causae,* то ребенок мог бы наследовать, так как наследование регулируется правом домицилия умершего (*de cuius*). Но, поскольку ребенок по закону своего собственного французского домицилия никогда не был субъектом права, то он не может оставить имущество какому-либо правопреемнику, не может иметь «наследников». Следовательно, по смерти ребенка его имущество становится бесхозяйным (выморочным). Правильно признать, что ребенок никогда не наследовал имущества своего отца, потому что он по французскому закону не стал лицом (субъектом права).

256. Презумпция смерти

III. Субъектность человеческого существа прекращается со смертью. В тех случаях, когда существует сомнение относительно того, умерло ли данное лицо или еще живет, или пережило ли оно другое лицо, возникает вопрос о бремени доказывания, и на этот вопрос разными правовыми системами давались очень различные ответы[3]. Все континентальные системы придерживаются взгляда, что этот вопрос относится

---

[1] Французский гражданский кодекс, ст. 725, 2; 906, § 3. Испанский гражданский кодекс, ст. 30.

[2] *Bar*, I, 373 (англ. перевод, p. 291); *Zitelmann*, II, 90.

[3] Сравни английский Закон о собственности (Law of Property Act), 1925, s. 184; французский гражданский кодекс, ст. 720-2; испанский гражданский кодекс, ст. 33; германский гражданский кодекс, ст. 20.

к области материального права, между тем как английское право, повидимому, рассматривает его как процессуальный вопрос. Поэтому английские суды, а также и американские[1] будут применять исключительно право суда.

Примеры: а) Некое лицо исчезло и находилось в безвестном отсутствии. Германский суд по истечении одного года[2] издает приказ о признании его умершим, фиксируя вероятную дату смерти и тем самым создавая две презумпции: первую, что это лицо находилось в живых до фиксированной судом даты, и вторую, что оно умерло именно в этот день. Ни одна из этих презумпций не будет (вероятно) применена английским судом, так как английское право не признает никакой презумпции нахождения в живых и допускает презумпцию смерти лишь по истечении семи лет[3].

б) Германская чета—беженцы, продолжавшие оставаться домицилированными в Германии, были убиты в Лондоне во время воздушного налета; муж был на несколько лет старше жены. По германскому праву презюмируется, что они умерли одновременно; по английскому праву—что муж умер первым и что, следовательно, жена наследовала его имущество и оставила его, как часть своего собственного имущества, своим наследникам. Английский суд, вероятно, применит английскую норму, любой континентальный суд применит германскую норму[4].

257. *Объявление о признании умершим*

Однако, объявление умершим (или безвестно отсутствующим)[5], согласно континентальным правовым системам, создает не только опровержимые презумпции, которыми английский суд может пренебречь,—оно часто создает некоторые прямые последствия для правоотношений между лицом, смерть которого предполагается, и третьими лицами, как, например, его женой, «наследниками» или страхователем его жизни. Если, например, жена вступает в новый брак, а затем первый муж, который был объявлен умершим, возвращается, он, по германскому праву, должен признать факт расторжения его брака вследствие второго брака его жены[6]. Другие правовые системы

---

[1] Restatement, s. 595, 2.

[2] В случае, предусмотренном ст. 7 германского Закона от 4 июля 1939 г.

[3] Re Phené's Trust (1870) L. R., 5, Ch. App. 139, 144.

[4] Ср. ст. 184 Закона о собственности, 1925 г.; Re Grosvenor (1944), 1 Ch. (C. A.) 138, Ср. 6 Modern L. R. (1942) 89, 90.

[5] Система объявления умершим действует в Германии и в Австрии; система объявления безвестно отсутствующим—во Франции, Бельгии, Нидерландах, Испании, Португалии, Италии и Швейцарии.

[6] См. германский гражданский кодекс, ст. ст 1348—1351.

дают разные решения по вопросу о безвестном отсутствии, либо признавая, что старый брак должен остаться в силе[1], либо разрешая вступление в новый брак, но лишь после судебного расторжения старого брака[2]. Какую из этих систем должен применять английский суд? Ответ на этот вопрос гласит: *lex domicilii,* а не *lex fori.*

Гражданское состояние (статус), право- и дееспособность

258. Значение понятия «статус»

I. Термин с т а т у с , хотя и часто употребляемый, не свободен от некоторой неясности[3]. Он большей частью употребляется для обозначения правовой категории, к которой данное лицо относится вследствие своего физического состояния, например, слабоумия или возраста, или вследствие какого-либо правового состояния, например, брака или незаконнорожденности. Таким образом, с одной стороны, говорят о нормальном статусе (гражданском состоянии) обычного совершеннолетнего человека, психически здорового, а с другой— о статусе несовершеннолетнего, замужней женщины, слабоумного, монаха, дворянина.

259. Значение способности (право-и дееспособности)

Статус является основанием для полной право- и дееспособности, а также для отсутствия или ограничения право- и дееспособности. Смысл этих выражений несколько неясен. Полная дееспособность соответствует нормальному статусу человека. Когда вследствие какого-либо особого статуса, как, например, несовершеннолетия или слабоумия, возникают ограничения в дееспособности, соответствующее лицо либо не обладает никакой дееспособностью, либо обладает только ограниченной дееспособностью. В строгом смысле слова, дееспособность означает способность лица создавать юридические последствия с в о и м и с о б с т в е н н ы м и д е й с т в и я м и при помощи договоров, завещаний, переуступки прав или другой формы передачи прав, либо вступлением в брак, усыновлением, либо вследствие совершения правонарушения. В более широком смысле понятие «способности» (capacity) обнимает также и способность лица приобретать права каким-

---

[1] Таков взгляд большинства правовых систем (французской, испанской, португальской, итальянской), следующих каноническому праву.

[2] Так, например, швейцарское право (гражданский кодекс, ст. 102) и принявший эту целесообразную систему английский Закон 1937 года: Matrim. Causes Act, 1937 (1 Edw. VIII and 1 Geo. VI, c. 57), s. 8.

[3] О статусе см. замечания судьи Скотта по делу Лак (1940) 1 Ch. 864, p. 890 et seq.

либо иным путем, а не посредством своего личного действия, например, наследовать имущество умершего без завещания (т. е. правоспособность). Иногда говорят об ограничении «способности» лица даже в таких случаях, когда такие ограничения основаны на его родственных отношениях с каким-нибудь определенным лицом. Если по старому португальскому закону двоюродные брат и сестра не могли вступать в брак друг с другом[1], или если по римскому и римско-голландскому праву дарение между супругами недействительно[2], или когда аукционисту воспрещается предлагать цену за предметы на публичном аукционе, который он сам ведет[3],—то всякие ограничения такого рода касаются «способности». Нет никаких возражений против употребления этой терминологии. Но необходимо иметь в виду, что такое относительное ограничение не базируется на каком-либо виде статуса. Состояние в браке является статусом; быть в браке с *X.* не является статусом. Нет никакой необходимости объяснять, почему ограничение права- и дееспособности, вытекающее из статуса, регулируется правом, регулирующим самый статус (личным законом); это положение не может быть автоматически распространено на относительные ограничения. Правда, брак между двоюродным братом и сестрой будет определяться по их личному закону. По вопросу о действительности дарения между супругами было много споров между защитниками той точки зрения, что следует применять право, свойственное самому акту дарения, и теми, кто подчиняет этот вопрос личному закону сторон; последнее мнение заслуживает предпочтения. Ограничение права аукциониста, несомненно, не будет регулироваться его личным законом.

Случай простого относительного ограничения прав встречается еще, кроме того, тогда, когда лицо ограничено только в своем праве распоряжения своим имуществом или частью его, в частности, когда такое ограничение является последствием банкротства или брака. Несостоятельный должник сохраняет в неуменьшенном объеме способность заключать договоры, поэтому, строго говоря, его «правоспособность» не затронута. Замужняя женщина иногда обладает полной право- и дееспособностью (английская система), иногда только ограниченной право- и дееспособностью в узком смысле этого слова (французская система до 1938 г.), иногда она только лишена права свободно распоряжаться своим имуществом

---

[1] См. Sottomayor v. De Barros (No I) (1877) 3 P. D. I, 5.
[2] См. Lee v. Abdy (1886) 17 Q. B. D. 309.
[3] См., например, германский гражданский кодекс, §§ 456, 457.

(французская система после 1938 г.[1], германская система[2]). В то время как правоспособность, ограниченная правоспособность и полная неправоспособность определяются законом домицилия,—ограничение права распоряжаться имуществом подчинено *lex causae*, в частности, праву, регулирующему ограничиваемое распоряжение. Все эти степени правоспособности не имеют никакого отношения к статусу лица; состояние в браке с особым режимом супружеского имущества не является статусом.

260. Признание иностранного статуса

II. Статус лица определяется его личным законом, в Англии—законом его домицилия. Статус, признанный этим правом, признается в Англии, если только данное лицо (*propositus*) не имеет статуса, который неизвестен английскому праву. Ограничения правоспособности лица, основанные на его принадлежности к определенной касте или расе, или на его вероисповедании, или на расточительности, в Англии не признаются. См. выше, § 163.

261. Право- и дееспособность, регулируемая законом статуса

III. Поскольку право- и дееспособность, в узком смысле этого понятия, вытекает из статуса, то право, регулирующее статус лица, регулирует также и его право- и дееспособность. Статус и право- и дееспособность связаны между собой[3].

Подчинение право- и дееспособности личному закону, *statutum personale*, возвращает нас ко временам статутариев; это положение было разработано в одинаковой мере итальянскими, французскими и германскими юристами. Таким образом оно стало одной из немногих общих норм европейского международного частного права и включено почти во все современные кодификации[4]. Как мы уже видели выше[5], личным законом в Англии (и в некоторых других странах) является закон домицилия.

Подчинение право- и дееспособности личному закону

---

[1] Французский закон от 18 февраля 1938 г. (гражданский кодекс, ст. 215): «Замужняя женщина осуществляет в полном объеме свою гражданскую правоспособность. Сокращение объема этого осуществления может вытекать лишь из ограничений, установленных законом, или из брачного режима, который жена приняла».

[2] Германский гражданский кодекс, §§ 1395—1399.

[3] См. текст ст. 3, § 3 французского гражданского кодекса.

[4] Например, прусские кодексы (1794), Введение, ст. 23; Франция (loc. cit.); Австрия (1811), ст. 34; Италия (1865), ст. 6 (и 1938, ст. 7); Португалия (1867), ст. ст. 24, 27; Испания (1889), ст. 9; Швейцария (Закон 1891 г.), ст. 7; Германия (1896), ст. 7; Польша (1926), ст. 1, ст. 3; Греция (1940), ст. 7.

[5] См. §§ 93, 96.

является руководящим принципом в Англии. По крайней мере, не возникает больших сомнений относительно того, что «способность» лица к заключению браков[1] и к совершению брачных дарственных записей или завещаний определяется исключительно домицилием, и можно считать вероятным, что тот же принцип применяется в случаях усыновления, в отношении континентального *pacta successoria*[2] (соглашения о наследовании), в случаях одностороннего отказа наследника от своего права наследования[3]; дарения *inter vivos* или *mortis causa* и в отношении других юридических документов, касающихся семейных или наследственных вопросов, или, если выразить это в негативной форме,—вопросов неторгового характера.

В то же время известно, что принцип домицилия не применяется: во-первых, когда право- и дееспособность касается вопроса о распоряжении недвижимым имуществом; во-вторых, когда предметом спора является вопрос о способности нести ответственность за совершение правонарушения. В обоих случаях решающим является *lex causae*, т. е. в первом случае закон местонахождения имущества (*lex situs*)[4], во втором—право места совершения правонарушения вместе с правом суда[5].

262. *Торговые сделки*

Остается еще вопрос о способности к заключению договоров, обычно называемых торговыми (коммерческими) сделками, т. е. договоров, заключаемых купцами или другими деловыми людьми в связи с их делами или, во всяком случае, договоров делового типа: договоров продажи, договоров о предоставлении услуг, о страховании, об оборотных документах, морских договоров и т. д. Слово «договор» здесь не ограничивается его техническим значением соглашения, создающего обязательства; оно также включает в себе те соглашения, посредством которых исполняются обязательства, возникающие из торговых сделок, как, например, переуступка долгов, передача права собственности.

В отношении этих договоров применяется тот же, часто

[1] См. об этом дальше, § 309 и след.

[2] Ср. с этим дальше, § 577.

[3] Право назначенного к наследованию наследника отказаться от принятия наследства известно всем континентальным правовым системам.

[4] Правоспособность на отчуждение или завещание недвижимого имущества или на обременение его закладными или каким-либо иным *jus in rem* по английскому и американскому праву регулируется исключительно *lex situs*. 20-летний швейцарский гражданин, домицилированный в Швейцарии, правоспособный (*capax*) по своему личному закону, неправоспособный (*incapax*) по английскому праву,—не может передать своего права на участок земли, находящийся в Англии.

[5] См. об этом дальше. § 470.

формулировавшийся в попутных высказываниях выдающихся судей, принцип, что и в отношении сделок не торгового характера: право- и дееспособность определяется домицилием. С другой стороны, нельзя отрицать, как выразился лорд Макнатэн по делу Cooper v. Cooper[1], что, «быть может, в Англии вопрос еще не окончательно урегулирован, хотя как здесь, так и за границей преобладает, повидимому, мнение в пользу права домицилия». Имеется несколько решений, определяющих способность к заключению торговых сделок не по домицилию, а по месту заключения договоров[2]. Мы полагаем, что это кажущееся несоответствие исчезает, если признать, что каждая из этих двух доктрин играет свою роль. Руководящий принцип заключается в том, что подлежит применению право домицилия. Но эта норма в интересах устойчивости торговых сношений смягчена нормой, устанавливающей, что участвующая в договоре сторона не может ссылаться на свою «неспособность» по закону домицилия, если она была способна (*capax*) по закону места заключения договора.

263. Личный закон и lex loci actus. История вопроса и иностранные системы

Эта последняя норма была разработана во многих правовых системах. Прусский кодекс 1794 г. предусматривает, что если иностранец заключает в Пруссии договор о товарах, находящихся в Пруссии, он должен рассматриваться как способный на заключение договора, если он обладает такой способностью по закону своего домицилия, либо по закону места совершения договора; «применяется тот закон, который является более благоприятным для сохранения договора в силе»[3]. Такая же норма содержалась в известном гражданском кодексе Цюрихского кантона (1853—6) и швейцарском федеральном законе 1881 г. Германский кодекс 1896 г. сформулировал эту норму осторожно[4]: «способность» лица определяется его национальным законом, но иностранец, совершающий какой-либо юридический акт в пределах Германии, если даже он «неспо-

---

[1] (1888) 13 App. C. 88, 108. Ср. также лорд Халсбери в том же деле, p. 99; лорд Уэстбери в шотландском деле Udny v. Udny (1869) L. R. 1, Scot. App. 441, 457; Cotton, L. J., по делу Sottomayor v. De Barros (No I) (1877) 3 P. D. 1, 5.

[2] Male v. Roberts (1800) 3 Esp. 163 (per Lord Eldon). См. также шотландское дело Mc Feetridge v. Stewarts and Lloyd (1913) S. C. 773, и попутное высказывание Кресвелл-Кресвелла в деле Simonin v. Mallac (1860) 2 Sw. and Tr. 67. Мнение Стори, склоняющееся в пользу lex loci contractus, повидимому, в значительной мере способствовало распространению этой доктрины в Америке и в Англии.

[3] Прусское Земское право, 1794, Введение, ст. 35.

[4] Вводный закон к германскому гражданскому кодексу, ст. 7.

собен» на совершение этого акта или ограничен в своей «способности», рассматривается как «способный» к совершению такого юридического акта, если он по германскому закону обладал бы этой способностью. В отношении векселей такая же норма была установлена еще в 1848 г. германским законом о векселях; две Женевские конвенции—о векселях (1930 г.) и о чеках (1931 г.) также приняли эту норму[1]. Германская норма 1896 г., кроме того, была еще воспринята гражданскими кодексами Японии и Китая[2], швейцарским кодексом[3], новым итальянским кодексом (1938 г.)[4] и греческим кодексом 1940 г.[5] Во Франции нет писаной нормы такого рода, но она была разработана судами на основании принципа «публичного порядка». По известному делу Лизарди кассационный суд установил эту норму в целях защиты устойчивости торговых сношений[6].

Мексиканский гражданин, двадцати двух лет, считающийся по своему личному закону несовершеннолетним, но который был бы совершеннолетним по французскому закону, купил во Франции драгоценности у французского торговца и в уплату выдал векселя. Суд постановил, что если торговец действовал добросовестно и не допустил никакой небрежности, он заслуживает защиты; несовершеннолетнему не было разрешено ссылаться на свое несовершеннолетие, и сделка была признана действительной. Этому разумному решению, хотя и подвергшемуся сильным нападкам даже со стороны известных авторов, суды в основном следовали. Основное различие между решением французского суда и нормами, принятыми континентальными кодексами, заключается в том, что французские суды защищают только французов, между тем как указанные кодексы распространяют свою защиту на граждан любой страны, при условии, что сделка была заключена соответственно в их стране. И кроме того: Франция настаивает на добросовестности торговца, в то время как эти кодексы защищают даже и тех торговцев, которые знали, что другая сторона является иностранцем, который согласно своему личному

[1] Германский Закон о векселях 1848 г., разд. 84; Женевская конвенция об урегулировании коллизии законов, связанных с векселями, ст. 3, §§ 2, 3: «Лицо, не обладающее право- и дееспособностью» (т. е. по закону своего гражданства.—*М. В.*), «тем не менее считается обязанным, если оно дало свою подпись на какой-либо территории, по действующим законам которой оно обладало бы требуемой право- и дееспособностью». Эту же норму можно найти в Конвенции о чеках, ст. 2.

[2] Японский кодекс 1898 г., ст. 3, § 2; китайский кодекс 1918 г., ст. 5, § 2.

[3] Швейцарский кодекс, заключительная глава, ст. 59, 7 «b».

[4] Disposizioni prelim., art. 7, § 2.

[5] Греческий кодекс, ст. 9.

[6] Dalloz Pér., 1861, I, 193.

закону не обладает способностью к заключению сделки. Два польских закона 1926 г. избрали несколько неясное решение вопроса; они объявили, что *lex loci actus* подлежит применению в тех случаях, «когда устойчивость частных сношений требует такого применения»[1]. Институт международного права много раз обсуждал эту проблему; он рекомендовал, чтобы *lex loci actus* регулировал вопрос о «способности» только в том случае, когда другая сторона действует добросовестно и является резидентом той страны, в которой акт был совершен, и если действие договора должно иметь место в той же стране[2].

Германо-швейцарское решение нам представляется более предпочтительным. «Частные сношения» лучше всего защищаются, если закон защищает л ю б ы е сношения, не исследуя намерений заинтересованных сторон. Предоставление возможности доказывать добросовестность или недобросовестность само по себе является препятствием к защите такого рода сделок или, по крайней мере, затягивает судебный процесс.

264. Позиция английского права

Неполнота английского права в этой области лишает возможности с уверенностью дать какую-либо формулировку действующего английского права. Можно только сказать, что желательное решение вопроса совместимо со взглядами, выраженными в тех немногих прецедентах, которые мы находим.

1) Нет никаких оснований предполагать, что право домицилия не имеет существенного значения и что «способность» к совершению сделок регулируется исключительно правом места заключения договора. Противоположное мнение, выдвинутое Чешайром, могло бы повлечь за собой нежелательные результаты. Если какое-либо лицо, согласно своему личному закону, обладает полной «способностью», то оно должно обладать способностью законно действовать в любой стране. Швейцарские мужчины двадцати лет и швейцарские женщины, вступающие в брак восемнадцати лет[3], обладают полной способностью к заключению договоров. Почему английское право должно рассматривать заключенные этими лицами в Англии договоры как недействительные или оспоримые? Нуждаются ли они в защите английского суда против злоупотребления недостаточностью их опыта, несмотря на то, что их собственный

---

[1] Польский Закон о международном частном праве 1926 г., ст. 3; Закон о межпровинциальном праве, ст. 5.

[2] Annuaire, 1931 (Cambridge Meeting), I, 181; II, 80; 1932 (Oslo Meeting) 213, 220. См. отчет в 13 Rev. Genth. (1932), 820.

[3] Согласно швейцарскому праву (ст. 14, § 2 гражданского кодекса) «брак создает совершеннолетие».

закон объявляет их зрелыми? Такая ненужная защита была бы предоставлена за счет английской стороны в договоре, и такое положение вещей было бы трудно оправдать. Если бы, несмотря на это, пришлось применить английское право, то могли бы возникнуть некоторые затруднительные вопросы. Разрешается ли, по крайней мере, этим двадцати- и восемнадцатилетним швейцарским гражданам, по их возвращении в Швейцарию, надлежащим образом утвердить договор, незаконно заключенный ими в Англии? Или же стороны должны совершить новый договор[1] посредством письма, отправленного по почте из Швейцарии или какого-либо другого пункта на континенте?

2) Если, наоборот, какое-либо лицо, согласно своему личному закону, не обладает право- и дееспособностью или ограничено в этих способностях, но считается вполне право-и дееспособным по закону места совершения договора, то заключенный таким лицом договор действителен[2]. Не имеет существенного значения:

а) известны ли указанные обстоятельства другой стороны или нет (в этом отношении английское право отличается от французского);

б) будет ли договор заключен в Англии или в какой-нибудь третьей стране. Такое решение вопроса предпочтительнее, чем то, которое дается французскими, германскими и швейцарскими законами, охраняющими торговые сношения только в тех случаях, когда сделка имеет место на их соответствующей территории;

в) домицилирована ли вторая сторона в стране, где договор был совершен, или в какой-либо третьей стране. Даже в том случае, если обе стороны домицилированы в одной и той же стране, достаточно, если они были способны к заключению договора по закону места его заключения. Если двое домицилированных венгров, оба в возрасте двадцати двух лет, то-есть несовершеннолетние по венгерскому закону, заключают договор в Лондоне или в Нью-Йорке, английский суд признает такой договор действительным. Это правило отличается от французской нормы, сформулированной по делу Лизарди, и, возможно, также и от польской нормы, но оно совпадает с другими континентальными кодексами. Может возникнуть сомнение относительно того, признает ли английский суд действительным договор, заключенный домицилированным англичанином, по английскому закону несовершеннолетним (например, двадцатилетним), если этот договор

---

[1] См. английский Закон о помощи несовершеннолетним, 1874 (37 and 38 Vict., c. 62), s. 2.

[2] Male v. Roberts (1800), 3, Esp., 163.

заключен в иностранном государстве, например в Швейцарии, где англичанин рассматривался бы как совершеннолетний. Этот вопрос горячо обсуждался в Женеве при заключении Конвенции о векселях. Германские и французские юристы были против применения в подобного рода случаях закона места совершения договора (*lex loci actus*), итальянские же юристы относились неодобрительно ко всякому дискриминационному толкованию. В конечном итоге было принято компромиссное решение: Конвенция сама по себе отвергает дискриминацию, но предоставляет каждому из договаривающихся государств право «отказать в признании действительным договора.., в который вступил какой-либо его гражданин», по своему национальному закону не обладающий право- и дееспособностью[1]. Франция и Германия воспользовались этим правом. Такое решение вопроса, основанное главным образом на двух континентальных доктринах,—публичного порядка и обхода закона (*fraus legi facta*), едва ли можно считать удовлетворительным, и нам кажется невероятным, чтобы английский суд мог его принять, так как ни одна из упомянутых доктрин не признается английским правом.

265. Свойственное договору право не имеет значения

г) Наконец, не имеет значения, совпадает ли право места заключения договора с правом, свойственным договору, или же отличается от него. Как на континенте, так и в Англии защищалось мнение, согласно которому право- и дееспособность должна быть полностью подчинена праву, свойственному договору[2]. Независимо от того, что нет никаких прецедентов, поддерживающих это мнение, (как в Англии, так и в континентальных странах),—нам кажется очень сомнительной полезность такой нормы. Поскольку договаривающиеся стороны имеют право сами определять, какому праву подчиняется их договор, они тем самым были бы в состоянии подчинить вопрос о своей право- и дееспособности праву, которое они избрали бы, и таким образом избежать действия всех принудительных норм, которыми их право- и дееспособность регулируется или могла бы регулироваться.

266. Различные мнения об этих двух применимых правовых системах.

3) Если право-и дееспособность лица ограничена как по его личному закону, так и по закону места заключения

[1] Женевская конвенция 1930 г., ст. 2, § 3. В этом же духе и Женевская конвенция о чеках 1931 г., ст. 2, § 3.

[2] *Zitelmann*, II, 71; *Cheshire*, 209. См. также *Morris*, 54 L. Q. R. 78, в отношении брачных договоров.

договора, то приходится иметь в виду другой трудный вопрос. При таких условиях может случиться, что согласно одной из этих двух правовых систем договор абсолютно недействителен, согласно другой—оспорим, или же по одной системе дефект в договоре может быть устранен путем дальнейшего его утверждения после достижения совершеннолетия или путем утверждения его опекуном, в то время как другая правовая система рассматривает этот дефект как неустранимый. Может также быть, что одна правовая система предусматривает более длительный срок для аннулирования оспоримого договора, чем другая система. Какую из этих двух норм должно применять при таких обстоятельствах? Согласно континентальным коллизионным нормам правильным будет следующий ответ: следует применять ту правовую систему, которая является более благоприятной для сохранения действительности договора. Такой же ответ должен казаться здравым и логичным с точки зрения английского права, потому что применение *lex loci actus* имеет своей целью охрану торговых сделок.

267. Влияние перемены домицилия

IV. Воздействует ли перемена личного закона на право- и дееспособность? Здесь необходимо провести различие между двумя возможными положениями:

1) Лицо, по своему личному закону не обладающее указанной «способностью» (например, домицилированный двадцатидвухлетний чилийский гражданин), приобретает английский или французский домицилий. Нет никакого сомнения в том, что он тем самым достигает совершеннолетия и право- и дееспособности[1].

2) Противоположный случай сомнителен: домицилированный швейцарец, двадцати лет, приобретает английский домицилий. Сохраняет ли он совершеннолетие (и право- и дееспособность), которого он достиг согласно своему прежнему закону? Некоторые континентальные кодексы дают на этот вопрос утвердительный ответ[2], и австрийские суды выносили решения в таком же смысле, мотивируя это тем, что право- и дееспособность, однажды приобретенное, должно защищаться как «приобретенное право»[3]. Помимо того скептицизма, который основательно вызывает доктрина приобретенных прав[4], указывается еще и на то, что право- и дееспособность не является

---

[1] По английскому мнению, но не с точки зрения чилийского или французского права, если только он не переменил своего гражданства.

[2] Германский гражданский кодекс; Вводный закон, ст. 7, § 2; польский Закон о международном частном праве, ст. I, § 2; китайский кодекс, ст. 5, § 3; конвенция в Монтевидео, ст. 2.

[3] *Frankenstein*, I, 138.

[4] См. выше, § 2.

ни правом, ни даже источником прав; это—только способность. Во всяком случае, английское право не разработало никакой нормы, которая устанавливала бы, что условие, необходимое для достижения совершеннолетия, сохраняется в случае перемены домицилия. Такое положение нельзя считать несправедливым; это становится ясным, когда предметом спора является какая-нибудь особая «способность», как, например, способность совершить завещание или вступить в брак. По германскому закону несовершеннолетний шестнадцати лет может составить завещание; по английскому праву—требуется достижения полного совершеннолетия. Если домицилированный немец в возрасте шестнадцати лет домицилируется в Англии, то трудно будет поддерживать доктрину о том, что он сохраняет свою способность, приобретенную в Германии[1].

V. Наличие и отсутствие право- и дееспособности иногда зависит от судебных или других авторитетных приказов.

268. *Эмансипация и venia aetatis*

1) Римское право, римско-голландское право[2], германская, австрийская, швейцарская и многие другие континентальные правовые системы разрешают суду или суверену «жаловать» совершеннолетие до наступления нормального срока (*venia aetatis*). Согласно многим правовым системам, несовершеннолетний при этом приобретает полную право- и дееспособность; по другим системам, например, римско-голландской, определенные права (как, например, право отчуждать или закладывать недвижимое имущество) исключаются. Такие же последствия создаются по французскому праву при освобождении из-под отцовской власти (émancipation), которое могут предоставить родители или семейный совет[3]. Хотя английское право не содержит такого рода институтов, английский суд все же (вероятно) признает и придает силу право- и дееспособности лица, получившего совершеннолетие раньше срока (*venia aetatis*) или освободившегося от отцовской власти (émancipation), если это освобождение предоставлено властями, компетентными согласно собственному закону, и если это признает суд страны, в которой несовершеннолетний домицилирован.

269. *Лишение право- и дееспособности*

2) Лица могут, наоборот, лишиться своей полной право- и дееспособности вследствие судебного или иного авторитетного приказа: о л и ш е н и и право- и дееспособности (interdiction).

[1] См. дальше, § 557.
[2] *R. W. Lee*, Introduction to Roman—Dutch Law, p. 43, 408, 409.
[3] Гражданский кодекс, ст. 476 и след.

Все правовые системы допускают лишение дееспособности лиц психически нездоровых; большая часть этих систем, но не английская, также резрешают лишение дееспособности расточителей. Некоторые современные кодексы, кроме того, разрешают судам лишать дееспособности алкоголиков[1] или лиц, склонных к наркотикам[2]; швейцарский кодекс уполномочивает суд лишать дееспособности за «порочный образ жизни» или за «плохое управление имуществом», если эти обстоятельства подвергают лишаемое дееспособности лицо или его семью опасности нищеты или угрожают безопасности других лиц. Поскольку ни один из перечисленных статусов, за исключением статуса психически нездоровых лиц, не имеет места в английском праве, ни один суд в Англии не придаст силы иностранному приказу, создающему такие ограничения дееспособности, по крайней мере поскольку спорный вопрос будет касаться действительности договора, заключенного в Англии или подчиненного английскому праву. Иное положение может создаться для договоров, заключенных за границей и подчиненных иностранному праву: в таком случае суд может разделить точку зрения, принятую свойственным договору правом и правом места совершения договора. Если обе эти правовые системы признают и придают силу приказу о лишении дееспособности, следует предположить, что английский суд примет такое признание[3].

270. *Удостоверение факта в Англии*

В случае психической болезни удостоверение факта может быть произведено в Англии или в зарубежной стране.

а) Английский суд имеет право признать лицо умалишенным, если это лицо находится в Англии[4] или имеет там имущество, нуждающееся в защите[5]. Английского домицилия не требуется и его недостаточно для того, чтобы создать юрисдикцию в отношении умалишенного. По вопросу о юрисдикции английское право значительно отличается от большинства конти-

---

[1] Например, германский гражданский кодекс, § 6, № 3; швейцарский гражданский кодекс, § 370.

[2] См. итальянский гражданский кодекс 1938 г., ст. 410.

[3] Это, однако, весьма сомнительно. Дайси (правила 136, 137) предлагает принимать во внимание только lex loci actus.

[4] In re Houstoun (1826). I Russ. 312. In re Sottomaior (1874) L. R. 9 Ch. 677. In re Bariatinski (Princess) (1843). I Phil. 375. In re Burbidge (1902) I Ch. (C. A.) 426.

[5] См. In re Saltykoff (Princess) (1898) Weekly Not. 77, No 5. Еще не решен вопрос о том, достаточно ли британского гражданства умалишенного для того, чтобы создать английскую юрисдикцию: см. выше, § 83.

нентальных правовых систем и от положений Гаагской конвенции об установлении ограничений дееспособности 1905 г.[1]

Гаагская конвенция содержит следующие три принципа: I) Юрисдикция для объявления лица умалишенным (психически нездоровым), собственно говоря, принадлежит государству его гражданства, независимо от его домицилия или места постоянного пребывания; его дело всюду подчиняется его национальному закону. II) Иностранное государство, в котором умалишенный временно пребывает, может принять временные меры, необходимые для защиты его личности или имущества; но эти меры прекращаются, когда государство его гражданства принимает соответствующие меры или выносит приказ о лишении дееспособности. III) Только после того, как национальное государство умалишенного объявит, что оно не примет никаких мер, государство, в котором умалишенный находится, может издать приказ о признании его недееспособным и отдать его под опеку.

271. *Удостоверение факта за границей*

б) Лицо, признанное умалишенным иностранным судом или иным иностранным органом власти, будет в Англии рассматриваться как умалишенное, при условии, если приказ был издан или признан в стране, где умалишенный домицилирован. Иностранный приказ о признании лица недееспособным не препятствует английским органам власти назначить новое исследование, и английский суд будет твердо придерживаться результатов такого исследования.

272. *Юридические последствия умалишенности*

Степень ограничения право- и дееспособности умалишенного, болезнь которого удостоверена или не удостоверена, в разных странах не одинакова. Некоторые правовые системы проводят различие между умалишенными и лицами, страдающими душевной болезнью,—объявляя только первых полностью недееспособными[2]. Согласно некоторым правовым системам душевнобольной сохраняет дееспособность на заключение определенных видов договоров, или на составление завещания, или на вступление в брак с согласия его опекуна; другие

---

[1] См, выше, § 40. Великобритания не присоединилась к этой конвенции.

[2] Итальянское право, например, отличает лишение право-и дееспособности от inabilitazione, которое выносится в случае слабоумия и не носит такой тяжелой формы, как полное лишение лица его право-и дееспособности (ст. ст. 409, 410). Это соответствует германскому различию между полной неправо-и дееспособностью и ограниченной право-и дееспособностью.

системы отказывают ему в этой «способности». Многие правовые системы, например, английское право, рассматривают умалишенного как дееспособного в периоды просветления, даже если при исследовании он был признан умалишенным; другие же системы, как, например, германская, не принимают во внимание такие периоды просветления, если лицо было признано умалишенным. Какие из этих многообразных норм должны применяться английским судом? Нет никаких прецедентов, которые могли бы привести к ясному ответу. Нам представляется, что следующее решение могло бы соответствовать обстоятельствам. Степень сохранения умалишенным его дееспособности зависит от закона его домицилия. Если даже его болезнь была удостоверена в другой стране (а не в стране домицилия), его дееспособность зависит от права его домицилия, а не от права, в силу которого был издан приказ о признании его умалишенным. В отношении торговых договоров преобладание закона домицилия нарушается нормой, устанавливающей, что договор считается действительным, если он действителен согласно закону места его заключения, даже и в том случае, если он недействителен с точки зрения права домицилия[1]. Только если новое исследование было назначено английским судом, то результаты этого исследования для суда обязательны. Если, например, домицилированный француз был, как душевнобольной, лишен своей дееспособности во Франции, но в результате английского исследования признан здоровым, он может в Англии вступить в брак, и его брак там будет рассматриваться как действительный, хотя в других странах он может считаться недействительным.

БИБЛИОГРАФИЯ

C. K. Allen, 46 L. Q. R. (1930) 277. *Battifol* в Travaux du Comité franç., 1, 21, 36; II. 132, 169 v. *Caemmerer*, RVgl. HWB, IV, 354.

Права, вытекающие из субъектности

273. *Предварительные замечания*

I. Донелл сказал, что имеется два рода *proprie nostrum* (собственно нашего): то, что принадлежит нам *in rebus externis* (во внешних предметах), и то, чем мы обладаем в собственном нашем лице—*iura in persona cuisque* (права̀ на собственную личность), *ea quae sunt personae, id quod quisque habet in sese* (то, что принадлежит лицу)[2]. Эта доктрина, согласно которой всякое лицо имеет право на свою жизнь, свое тело, свою свободу и свое доброе имя, на протяжении последнего столетия, разрабаты-

---

[1] См. выше, §§ 262, 264.

[2] *Donellus*, Comment., II, 8. См. *Savigny*, System, 1. § 53, note (a).

валась и распространялась на другие стороны и проявления личности. Это имело место особенно в Германии, Франции, Австрии и Швейцарии. Теоретики права и суды стали признавать право любого лица на свое имя, изображение, голос и свое личное жилье[1]. Некоторые авторы рассматривали эти права как права собственности, подобные тем неимущественным правам, которые защищаются авторским или патентным правом[2], другие авторы квалифицировали эти права как права личности[3]. Какого бы мнения ни придерживаться по этому поводу, не приходится сомневаться в том, что вопрос о законодательстве, которое следует применять в отношении указанных прав, не должен зависеть от того, какой из приведенных квалификаций отдается предпочтение. Все эти права настолько тесно связаны с личностью, что только личный закон, будь это закон домицилия или гражданства, должен регулировать их приобретение и их прекращение. Это положение было признано всюду, где только суды имели подходящий случай для того, чтобы высказаться по этому поводу[4].

274. *Английское право*

II. Английское право отличается от континентальных доктрин. Насколько можно заключить из английских решений, Англия еще не разработала концепции прав, вытекающих из субъектности в том смысле, что обладатель этих прав может найти защиту против их нарушения. Только при редких, строго ограниченных обстоятельствах вмешательство в

[1] О правах на неприкосновенность частной жизни см. *Warren and Brandeis*, 4 Harvard L. R. (1890) 193; *Win ield, Gutteridge and Walton*, 47 L. Q. R. (1931), 23, 203, 219. См. 40 Michigan L. R. (1942) 764.

[2] Апелляционный суд, Париж, Dalloz Pér. 1894, 2, 96. Cour de Cass., Sirey, 1912, 1, 95.

[3] *Gierke*, Deutsches Privatrecht, I, §§ 81, 82. *Egger*, Comment. on the Swiss. Civ. Code, I (2nd ed.), p. 233, 255.

[4] См. например, Германский верховный суд, Off. Coll., 29, 127 (дело Orelli); 95, 272; против *Zitelmann*, I, 138, II, 819. Имеется, однако, одно замечательное дело, по которому Германский верховный суд отказался от этого взгляда: по германскому праву (так же, как и по австрийскому, шведскому и финскому) отчим может дать свое имя незаконнорожденному ребенку своей жены, родившемуся до его брака с ней; ст. 1706, § 2 гражданского кодекса. Отчим был немец, а ребенок—швейцарец, а швейцарское право не разрешает такой перемены имени ребенка. Какое право следовало применить? Берлинский апелляционный суд правильно полагал, что имя лица подчинено его личному закону, и поэтому постановил по настоящему делу, что перемена имени, произведенная отчимом, недействительна. Верховный суд отменил это решение, Off. Coll. 118, 44. Он признал, что должен быть применен личный закон матери (ставшей германской гражданкой вследствие брака). Это решение было встречено острой критикой (*Reichel*, in Gruchot's Beiträge, 70, 51; *Lewald*, I, P. R., 143 и другие) и должно рассматриваться как ошибочное. Относительно имени разведенной женщины см. дальше, § 357.

упомянутые выше интересы образует правонарушение. Многие нарушения, которые по континентальным правовым системам дают основание для возбуждения иска об убытках и (особенно) для судебного запрещения, в Англии рассматриваются как нейтральные действия, не могущие служить основанием для предъявления судебного иска. Если, например, незаконнорожденный пользуется именем своего отца, хотя отец не женился на его матери, континентальное право дает отцу основание для иска против лица, пользующегося его именем, между тем как английское право не предусматривает никакого возмещения, если только неразрешенное пользование именем не причинило вреда делам отца, его профессии, имуществу или его репутации[1]. Поскольку английское право рассматривает нарушение личных прав только с точки зрения «правонарушения» (*tort*), суды, вероятно, будут применять нормы о правонарушениях даже в том случае, если стороны являются иностранцами, домицилированными в иностранном государстве, в котором право на имя защищается более эффективно.

Этот же принцип распространяется и на случаи, когда под угрозой находятся другие личные права истца. Неразработанные и поэтому довольно неопределенные английские нормы, касающиеся вторжения в личную жизнь, опубликования фотографии или (хорошего или плохого) портрета или карикатуры[2], определяют крайне ограниченные случаи, в которых истец может найти защиту в Англии.

275. Наименование предприятия (фирмы), товарные знаки и т. д.

III. Обычное имя лица следует отличать от его делового имени (фирменного наименования) (*nom commercial*, *Firma*[3], *ditta*), а также от наименования его торгового или промышленного предприятия и, наконец, от употребляемых им товарных знаков. Большинство стран установило по этому поводу строгие нормы для того, чтобы обеспечить истинность и ясность в интересах общества,—нормы, предоставляющие, однако, строго определенные права также и купцу. В деталях эти нормы значительно различаются в разных странах. В Англии, например, купцу разрешается свободно избирать свое торговое имя и даже употреблять имя другого лица, если

---

[1] Dockwrell v. Douglas (1899) 80. L. T. 556; Walter v. Ashton (1902) 2 Ch. 282, 293.

[2] См. *Winfield*, Law of Torts, 666 et seq.

[3] Немецкое слово «Firma» обозначает не то, что в Англии называют фирмой. В Германии это только наименование (имя), под которым отдельный торговец или торговое товарищество или компания ведут свои дела.

он при этом только не нарушает правил о passing-off[1]*. В Швейцарии, наоборот, в фирменных наименованиях необходимо соблюдать принцип «строгой истинности»; так, например, покупателю целого предприятия не разрешается пользоваться именем продавца, даже если продавец на это согласен[2]. Германские нормы представляют собой компромисс между приведенными выше двумя системами; они настаивают на принципе истинности, но допускают исключения в случае отчуждения или наследования коммерческих предприятий[3]. Вопрос о том, приобрело ли данное лицо или законно переуступило право на имя, или на наименование коммерческого предприятия, или на товарный знак,—разрешается не по закону домицилия купца, а по закону местонахождения предприятия. Смысл этого положения заключается в том, что все эти нормы, главным образом, касаются не личности купца, а его предприятия как такового; предприятие часто становится независимым от личности купца; оно может из простой совокупности торговых сделок или актов превратиться в самостоятельную нематериальную «вещь», которая может пережить своего создателя так же, как сын переживает своего отца.

Следует упомянуть, что Парижская международная конвенция о защите промышленной собственности[4], наряду с другими вопросами, касается вопросов о фирменных наименованиях и товарных знаках и не содержит никаких норм, определяющих, какое право следует применять[5]; она трактует только о положении иностранцев в том смысле, что с определенными ограничениями и при определенных условиях граждане одного государства будут в любом другом государстве—участнике конвенции—в указанных отношениях находиться в таком же положении, как и граждане этого последнего государства. Но эти вопросы выходят за пределы настоящей работы.

276. Звание, титул, профессия

IV. Общественная группа, к которой лицо принадлежит по рождению, званию или титулу (например, дворянство),

---

[1] *Winfield*, loc. cit., 634 et seq.

* Под passing-off понимается продажа товаров или ведение дела под торговой маркой или под именем другого лица с целью создать впечатление, что продавцом товаров является это другое лицо или что ему принадлежит дело.—*Прим. ред.*

[2] Швейцарский закон об обязательствах, ст. ст. 945, 946, 953.

[3] Германский торговый кодекс (1897), §§ 21—24.

[4] Конвенция от 20 марта 1883 г., пересмотренная в Брюсселе в 1900 г., в Вашингтоне в 1911 г., в Гааге в 1925 г. и в Лондоне 2 июня 1934 г.

[5] Каждое из договаривающихся государств применяет свое собственное право.

в наше время оказывает незначительное влияние на его правовое положение, которое определяется его личным законом.

Общественная группа, к которой лицо принадлежит по своей профессии, в частности как купец, в большинстве современных правовых систем, но не в английской, играет значительно более существенную роль. По французскому образцу (1807 г.) было создано много торговых, в отличие от гражданских, кодексов—в Германии, Австрии, Италии, Испании, Португалии, Бельгии, Нидерландах, Греции, Турции, Болгарии и в латино-американских государствах; в Швейцарии специальные нормы о купцах были включены в общий гражданский кодекс. Во всех перечисленных странах постановления, применяемые в отношении купцов, значительно отличаются от норм общего гражданского права. Для торговых сделок требуется меньше формальностей; процентная ставка между торговцами в случае просрочки обычно выше, чем по общегражданским договорам. По французскому праву и многим другим системам возбуждение судебного процесса о несостоятельности может иметь место только в том случае, если должник является купцом; торговые договоры продажи регулируются нормами, отличающимися от норм, установленных для неторговых договоров, и т. д. Какой закон решает, является ли данное лицо купцом? Согласно преобладающей на континенте точке зрения, ответ на этот вопрос следует искать не в личном законе (гражданства или домицилия) купца, а в законе того места, где находится центр его предприятия. Английский суд при рассмотрении такого вопроса, несомненно, придерживался бы того же взгляда.

II. ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА

277. Различные виды

Большое многообразие видов юридических лиц встречается в правовых системах различных стран. Только один из этих видов является общим для всех систем, а именно—корпорация, т. е. совокупность физических лиц, наделенная свойством субъекта права. Существует, однако, большое различие в отношении условий, при которых группа физических лиц приобретает субъектность. Французское право, например, предоставляет субъектность любому гражданскому или торговому товариществу; итальянское право—по крайней мере, торговым товариществам; английское же, германское, швейцарское и американское право отказываются трактовать товарищество как юридическое лицо.

Кроме корпорации—совокупности лиц, английское право разработало тип юридических лиц, нигде больше не извест-

ный,—corporation sole—единоличная корпорация, т. е. организация, обладающая беспрерывным преемством, состоящая из одного единственного лица и наделенная правом осуществления известной деятельности. [7] С другой стороны, на континенте можно найти некоторые виды юридических лиц, не встречающиеся в Англии. Примером таких лиц может служить учреждение—Anstalt—германского права, включающее в себя, среди прочего, фонд (Stiftung), учрежденный на основании частного юридического акта и состоящий из имущества, предназначенного для определенной цели, но не переданного какому-либо уже существующему лицу—доверительному собственнику. Такие учреждения (фонды) являются юридическими лицами, они отличаются от корпораций тем, что не имеют никаких членов. Другим примером может служить *hereditas iacens* («лежащее», т. е. не принятое наследство.—*Прим. перев.*) римского права, т. е. наследственное имущество умершего в период между датой его смерти и датой принятия имущества его правопреемником: этот институт в настоящее время еще можно найти в римско-голландском праве и в греческом праве. Индусский закон наделяет жизнью и юридической субъектностью идолов, и Тайный совет, по апелляции калькутского суда, признал эту норму[1]. Наконец, некоторые примитивные народы наделяют животных, растения или реки юридической правоспособностью.

278. Домицилий, место постоянного пребывания и «присутствие» юридических лиц

Раньше, чем исследовать вопрос о том, какое право регулирует создание, «жизнь» и «смерть» юридических лиц или, короче говоря, что является их личным законом,—полезно будет уяснить себе, что понятия, употребляемые в отношении физических лиц, такие, как гражданство (национальность), домицилий, место постоянного пребывания (резиденция), могут быть применены к юридическим лицам только посредством аналогии и не без искажения первоначального и подлинного значения этих понятий. Но все же не представляется возможным обойтись без этих понятий. Ибо всякая правовая система содержит некоторые нормы, связывающие определенные последствия с гражданством (национальностью) лица, его домицилием или местом постоянного пребывания, не проводя никакого различия между физическими и юридическими лицами. О национальности юридических лиц см. ниже, § 288. Понятия домицилия и места постоянного пребывания (резиденции) особенно существенны в налоговом праве, в целях определения

---

[1] Ср. *Duff*: Cambridge L. J., 3, 42.

базиса для налогового обложения в некоторых случаях[1]. Юридическое лицо считается домицилированным в том месте, где находится центр его управления, и имеющим свое место постоянного пребывания там, где совершаются его основные операции. Юридическое лицо, как и физическое лицо, имеет только один домицилий[2] и может иметь больше чем одну резиденцию. В международном частном праве домицилий и резиденция юридических лиц не играют никакой роли. Ответ на вопрос о том, что́ является «личным законом» юридического лица, дается без ссылки на какое-либо из этих понятий.

Указывалось, однако, на то, что, помимо налогового права, резиденция имеет еще существенное значение в двух отношениях: во-первых, юрисдикция английского суда на принятие иска к юридическому лицу зависит от постоянного пребывания этого лица в Англии. Но юрисдикция зависит от «п р и с у т с т в и я» в Англии[3]. Юридическое лицо рассматривается как «присутствующее» в Англии не только когда оно имеет там свое постоянное место пребывания (резиденцию); например, компания, образованная по законам Англии, но ведущая свои дела исключительно вне Англии, считается присутствующей в Англии, хотя она и не имеет там своего места постоянного пребывания[4], и, следовательно, она подпадает под английскую юрисдикцию. Во-вторых, подчеркивалось, что резиденция лица служит критерием, по которому определяется место прикрепления долга, причитающегося от этого лица. Но этот критерий не всегда является решающим. Если, например, корпорация имеет несколько резиденций, то для определения *situs debiti* (места прикрепления долга) возникнет необходимость найти то место, где долг «может быть надлежащим образом погашен»[5] или где «платеж нормально подлежал бы

---

[1] 8 and 9 Geo. V, c. 40, *Schedule* D, Case IV, rule 2 (a), Case V, rule 3 (a). Cesena Sulphur Co. v. Nicholson (1876) I Ex. D., 428, 445, 452. San Paulo (Brazilian) Railway Co. v. Carter (1896). A. C. 31. Goerz v. Bell (190) 2 K. B. 136. De Beers Consolid. Mines v. Howe (1906) A. C. 455. Egyptian Delta Land, etc., Co. v. Todd (1929) A. C. I, 19. The Pamia (1943) I A. E. R., 269.

[2] По делу Carron Iron Co. v. Malaren (1855) 5 H. L. C. 416, 449, лорд Сейнт-Леонардз в особом мнении заявил, что корпорация может иметь два домицилия. Но имеются основания полагать, что он употреблял слово «домицилий» как равнозначащее с «резиденцией».

[3] См. выше, § 59. Правда, Order XI of the P. S. C., r. 1 (c) разрешает юрисдикцию, «когда добиваются помощи против какой-либо корпорации, домицилированной или обычно пребывающей» в Англии. Но бывают ли случаи, когда юридическое лицо имеет в Англии свое место постоянного пребывания и там не присутствует?

[4] Egyptian Delta Land, etc., Co. v. Todd (1929) A. C. I, 13.

[5] Swiss Bank Corpor. v. Böhmische Industrial Bank (1923) I K. B. 673, 678 (per Bankes L. J.); Richardson v. Richardson (1927) P. 228, 235; см. также ниже, § 515.

взысканию». Таким образом, промежуточное понятие резиденции становится излишним.

279. Личный закон, доктрина siège social

I. На вопрос о том, что является личным законом юридического лица, суды и юристы разных стран дали весьма различные ответы. Выбор приходится делать, главным образом, между тремя доктринами.

1) Доктрина siège social—центра управления. Согласно этой доктрине, личным законом является закон, действующий в том месте, где осуществляется торговая деятельность, а в случае неторгового юридического лица—место, где «осуществляются его функции»[1]. В большинстве случаев акт или устав, составляемый при учреждении юридического лица, указывает определенное место его «пребывания»; в отношении компании и многих других видов корпораций такое указание даже предписывается законом. Кроме того, должно презюмироваться, что обозначенное место пребывания действительно является центром управления, если же обозначение было фиктивным или обманным, действительное место пребывания должно быть решающим критерием[2]. Доктрина siège social господствует во Франции, Германии, Италии, Австрии, Швейцарии и в большинстве других континентальных стран, хотя во многих из них можно найти расхождения во мнениях юристов относительно этой доктрины[3] и даже противоречивые судебные решения[4]. Эта доктрина логична и удовлетворительна; избранный критерий таков, что всякий вступающий в деловое соприкосновение с корпорацией легко может проверить ее место пребывание, так как главный центр управления едва ли можно держать в секрете. Против доктрины siège sociale приводились доводы в том смысле, что она не допускает перевода корпорации из одной страны в другую, если только эта корпорация не будет сначала распущена, а затем вновь образована[5]. Этот довод нам представляется ошибочным: согласно континентальному праву, вопрос о том, может ли старая компания продолжать свое существование, несмотря на перемену своего места пребывания, должен разрешаться в соответствии с законом нового места пребывания; если закон этого нового места запрещает такой

---

[1] Как выражается Дайси (правило 19, стр. 136), говоря о домицилии.

[2] Это мнение всюду является господствующим, хотя Германский верховный суд иногда выражал другое мнение (Off. Coll., 99, 218; 100, 210 и др.); правильно: 117, 217; 83, 369; 88, 54.

[3] Например, Гейлер, Франкенштейн, Анцилотти.

[4] См. решения коммерческого суда в Лилле от 21 мая 1908 г. и кассационного суда от 6 июля 1914 г., цитируемые Кесслером, Rabel's Z., 3, 766.

[5] Geiler, p. 180.

порядок, то критике следует подвергать этот закон, а не доктрину места пребывания общества.

280. *Доктрина «центра эксплоатации»*

2) Было предложено заменить центр управления центром эксплоатации, т. е. основным местом, в котором юридическое лицо осуществляет свою цель, производит «свои главные физические работы»[1], где оно эксплоатирует свои угольные копи, где работает его лесопильный или пивоваренный завод или фабрика. Это предложение, повидимому, мотивируется тем, что предприятие осуществляет свою деятельность не там, где собирается правление директоров и решает, как вести производство, или где происходят собрания акционеров,— решающее значение здесь имеет само производство. Все это, быть может, и верно. Тезис о том, что «голова и мозг торгового предприятия»[2] расположены в центре его управления, может иногда выражать переоценку умственного вклада директоров в деятельность предприятия; во многих промышленных предприятиях «мозг» можно найти в технических и химических исследовательских учреждениях, связанных с фабрикой, в которых осуществляются все решающие открытия и изобретения. Однако доктрина, предлагающая в качестве места пребывания центр эксплоатации, оставляет без внимания то обстоятельство, что коммерческая часть предприятия, как, например, покупка сырья, продажа готовой продукции, заключение договоров с банками, страховыми компаниями и так далее,—короче говоря, все те действия, которые, главным образом, могут породить юридические обязательства,—что все эти действия совершаются не в рудниках или на фабрике и не в технических отделах, а в месте управления; торговый центр лежит здесь. Кроме того, компании часто владеют больше чем одним центральным эксплоатационным пунктом. Компания может эксплоатировать золотые рудники в Южной Африке и, частично, в Америке; вагоны «Компании спальных вагонов» проходят по территории многих континентальных стран. Ост-Индская компания была образована в Англии с целью ведения дел во многих иностранных государствах. National Waterworks Co., Standard Oil Co. и другие большие корпорации, созданные в каком-либо одном из штатов США, с самого начала предназначались для ведения операций во многих или во всех штатах.

---

[1] См. *Phillimore*, J., in De Beers Consolid. Mines v. Howe (1905) 2 K. B. 612, 631.

[2] San Paulo (Brazilian) Railway Co. v. Carter (1896) A. C. 31, 38 (per Lord Halsbury).

Нигде, ни на континенте, ни в Англии, ни в Америке, эта доктрина «центра эксплоатации» не привилась, хотя некоторые французские решения приняли ее и многие выдающиеся ученые во Франции считали ее лучшим из всех предложенных решений[1].

281. *Доктрина места, по законам которого создано юридическое лицо*

3) Согласно третьей доктрине, личным законом юридического лица является закон, по которому это лицо было о б р а з о в а н о. Эта доктрина берет свое начало в архаической концепции, по которой предоставление юридической субъектности нефизическому лицу является как бы исключительным актом милости, и государство, дарующее эту милость, тем самым создает закон, по которому это искусственное (юридическое) лицо должно «жить». Эта доктрина была принята английским и американским правом; многие германские юристы, критикующие практику Германского верховного суда, полагают, что германское право также придерживается этой доктрины[2]. Юридическое лицо может быть создано специальным парламентским законом, или актом какого-либо административного органа, или путем выполнения со стороны учредителей всех требований, установленных общим законом, как, например, Законом о компаниях (1929 г.), или, наконец, простым частным актом: завещанием, образующим фонд по швейцарскому или скандинавскому праву, договором товарищества во Франции или в Италии. Может также случиться, что юридическое лицо возникает без какого-либо действия человека, направленного к его созданию: например, *hereditas iacens*[3] (непринятое наследство) создается в силу действия закона.

Закон, п о к о т о р о м у юридическое лицо начинает свое существование, практически идентичен с законом того места, где это лицо начинает существовать[4].

---

[1] См. решения, приведенные *Pillet*, Traité prat., II, 785; *Pillet*, Des personnes morales, 52; *Lyon Caen et Renauld*, Traité de droit commerc., II Nr. 1167. *Vavasseur*, Traité des sociétés civiles et commerciales (1910) No 863. Слабую тенденцию в пользу доктрины «центра эксплоатации» можно найти в германском законе от 30 января 1937 г. «Об акционерных компаниях» (ст. 5), в котором трактуется об определении места пребывания в уставе: учредителям предоставляется право выбора между местом эксплоатации и местонахождением управления.

[2] *Frankenstein*, I, 459 et seq., *Geiler*, 179 et seq., Комментарии к гражд. код., составленные членами Герм. верх. суда, note 4, s. 21, Civ. C.

[3] См. выше, § 277.

[4] По делу Suez Canal Co. компания была образована в Париже в соответствии с требованиями французского закона. Финансовое управление компанией должно было вестись в Париже. Но фирман (указ сул-

Существенно различие между английской и господствующей континентальной доктриной[1]. Хотя корпорация, образованная по закону определенной страны, обычно имеет свое пребывание в той же стране, но это не всегда бывает так. Компания может быть образована по закону страны *X* и в соответствии с этим законом, но, по желанию своих учредителей, может иметь свое пребывание, центр своего управления, в стране *Y*. Такое образование корпораций по законам одного штата для целей ведения операций только в другом штате особенно практикуется в Соединенных Штатах. Соображения, по которым учредители, ведущие дела в своем собственном государстве, предпочитают подчинить свою корпорацию закону другой страны, не всегда носят очень достойный характер: закон их страны может быть более строгим в отношении их ответственности перед держателями акций или кредиторами, чем это соответствует их целям, или может предоставлять им меньше прав, или требовать строгих ежегодных ревизий или неудобной гласности их деятельности, или же может удорожить стоимость регистрации по сравнению с законом другого государства (штата). Во всех этих случаях личным законом корпорации не является закон действительного его пребывания, а закон государства, в котором корпорация была образована.

Это положение обнаруживает слабые стороны доктрины, признающей личным законом закон, по которому юридическое лицо было образовано. Нам кажется нежелательным, чтобы учредители могли свободно выбирать закон, в соответствии с которым их детище должно родиться, а затем жить независимо от того, имеется ли какая-либо действительная связь между деятельностью корпорации и тем правом, которое учредители избирают. Правда, опасности, таящиеся в этом положении, часто ослабляются постановлениями, содержащимися как в законодательстве, отражающем доктрину «центра управления» корпорации, так и в законодательстве, принимающем принцип «закона, по которому юридическое лицо было образовано». Это последнее законодательство, например, может предоставлять права юридического лица (субъектность) только таким корпорациям, которые основывают свой центр управления

тана), изданный оттоманскими властями, предварительно определил условия, на которых компания должна была быть образована; поэтому возникло сомнение, является ли компания французской или египетской. *Vaux*, 60 L. Q. R. (1944) 277, выдвигает последнее мнение.

[1] Закон места, в котором юридическое лицо начинает свое существование, не должен иметь никакого значения: место, где «зародилась компания» (лорд Самнер по делу Egyptian Delta Co. v. Todd (1929) A. C. 13), даже еще менее существенно, чем место, где родилось физическое лицо.

в пределах территории данного государства[1] или же государства, в котором этот центр управления находится; оно может отказать в признании юридических лиц, организованных по иностранному праву. Однако опасность обхода закона в ущерб публичным интересам этим не устраняется, так как конечный вывод может зависеть от позиции, которую займет иностранное государство. Нельзя не признать, что континентальная доктрина, принимающая действительный центр управления как надлежащий критерий, имеет преимущества перед английской и американской доктринами.

282. Признание иностранных корпораций

II. Таким образом, английское право рассматривает корпорации, образованные по иностранному праву, как «иностранные корпорации», тогда как континентальное право трактует как «иностранные» те корпорации, которые имеют свой центр управления в иностранном государстве. Согласно обеим этим системам, иностранная корпорация нуждается в признании своего существования. В большинстве стран такое признание становится действительным без какого-либо особого административного акта со стороны признающего государства. Такое положение существует в Англии: английские суды признают существование всех иностранных юридических лиц, если они надлежащим образом организованы по иностранному праву. Французское и германское законодательство менее либеральны. Германия требует в отношении ассоциаций неторгового характера специального признания путем издания административного акта; до издания такого акта ассоциация не имеет в Германии прав юридического лица[2]. Торговые ассоциации, например, акционерные компании, не нуждаются в таком специальном акте признания. Во Франции требуется признание путем издания приказа даже для торговых компаний, в частности для анонимных обществ (sociétés anonymes)[3].

Признание иностранной корпорации не превращает ее в местную (национальную) корпорацию. Такое признание означает только, что корпорация в признавшем ее государстве рассматривается как юридическое лицо (как субъект права).

---

[1] Согласно преобладающей доктрине, такое постановление содержится в § 23 германского гражданского кодекса; *Lewald*, p. 45 et seq.

[2] Германский Вводный закон к гражданскому кодексу, ст. 10.

[3] *Pillet*, Des personnes morales, p. 65.

283. Сфера действия личного закона: образование юридического лица

III. Личный закон корпорации, т. е., в Англии, закон, по которому корпорация была образована, регулирует всю ее жизнь.

1) Этот закон, во-первых, регулирует вопрос о том, начало ли юридическое лицо свое существование. Тот же закон, который подлежит применению, если данная группа лиц (или какое-либо имущество, предназначенное для определенной цели) рассматривается как юридическое лицо, отвечает также на вопрос о том, является ли эта группа юридическим лицом. Это соответствует тому, что мы уже видели раньше при обсуждении вопроса о физических лицах: вопрос о том, является ли субъектом права человеческое существо, рожденное «нежизнеспособным», решается тем законом, который был бы личным законом этого существа, если бы оно стало субъектом права[1].

Если ассоциация, согласно своему личному закону, не является субъектом права (юридическим лицом), например, английское или германское товарищество, то она нигде не является юридическим лицом, даже в такой стране, как Франция, где товарищество гражданского права—société civile—или торговое полное товарищество—société commerciale en nom collectif—являются субъектами права. Конечно, французский закон может объявить обратное, но этого нельзя предполагать[2], так как это было бы равносильно созданию французского юридического лица Францией, и не было бы просто признанием уже существующего правоотношения.

Если, наоборот, группа лиц, как, например, французское товарищество, согласно его личному (французскому) закону является юридическим лицом, то оно всюду признается как таковое, даже в стране, где такие организации не наделены правами юридических лиц. На это, по крайней мере, было указано в Англии в связи с делом одного французского товарищества[3], и оно соответствует также и доктрине, господствующей

---

[1] См. выше, § 255.

[2] Противоположное мнение основывалось на концепции, считающей, что рассматриваемая проблема является вопросом квалификации. См. замечания J. Maury к решению Итальянского верховного суда по делу Nizard v. Finanza (29 апреля 1933 г.) Giurisprudenza Comparativa di Diritto Internaz. Privato, III. p. 23 et seq.

[3] Hellfeld v. Rechnitzer (1914) 1 Ch. (C. A.) 748, 753, 754. Это решение, однако, основано на ошибочном понимании французского закона. Судьи Бакли и Филлимор не считали, что во Франции société en nom collectif является юридическим лицом, хотя закон несомненно таков, по крайней мере, после решения кассационного суда от 23 февраля 1891 г. (*Dalloz*, P. 91, 1. 337). Мы полагаем, что такая удивитель-

в Германии[1]. Трудно сказать, было ли бы принято то же мнение, если бы речь шла о континентальном фонде (Stiftung). То обстоятельство, что лица этого рода неизвестны английскому внутреннему праву, не могло бы служить основанием для непризнания их иностранной субъектности. Цели, для которых был образован фонд (Stiftung), по английскому закону могли бы быть достигнуты передачей имущества уже существующему лицу,—доверительному собственнику. Однако нет никакой необходимости в том, чтобы английские суды настаивали на этом английском методе достижения указанных целей в тех случаях, когда подлежащее применению континентальное право не знает института доверительной собственности[2]. По тем же соображениям континентальный суд должен был бы признать субъектом права единоличную корпорацию, хотя этот вид юридического лица континентальному праву не известен. [7]

Было бы желательно достигнуть единообразного понимания, по крайней мере, в отношении товариществ, в частности, в отношении международных картелей, которые нередко организовываются как товарищества[3].

Личный закон регулирует все акты, которые относятся к учреждению юридического лица, как, например, составление устава, определение акционерного капитала и деление его на акции установленной стоимости, заявление каждого подписавшего протокол о количестве приобретаемых им акций и тому подобное. Эти акты следует отличать от актов, предшествующих образованию корпорации, как, например, договоров, по которым учредители обязуются объединиться для создания юридического лица (*pacta de condenda universitate*); эти акты подчиняются не личному закону корпорации, а праву, свойственному данному договору.

284. *Акты, совершаемые юридическим лицом*

2) Личный закон отвечает на вопрос о том, какие права разрешается приобретать данному юридическому лицу и какие оно может заключать договоры. Этот вопрос, однако, зависит не только от личного закона, но также и от закона места совершения акта (*locus actus*). Компания, организованная по закону страны *X*, осуществляя свою деятельность в стране *Y*, не

ная ошибка едва ли могла бы произойти, если бы английский суд, как и всякий континентальный суд, был обязан рассматривать иностранное право как право, а не как факт.

[1] *Lewald*, 48; *Geiler*, 186. Против: *Melchior*, 138.

[2] Сомнительно, чтобы английский суд, за исключением Тайного совета, мог рассматривать индусский идол как юридическое лицо. См. выше, § 277.

[3] См. *Geiler*, p. 187.

может находиться вне сферы того, что́ разрешается по закону страны X и страны Y. По английскому закону компания с ограниченной ответственностью не может заключить с третьим лицом договора, обусловливающего, что держатель акций (без его согласия) становится лично ответственным по долгам компании. По калифорнийскому закону члены любой компании становятся лично ответственными по долгам компании. Калифорнийская норма не применяется к договорам, заключенным английской компанией в Калифорнии[1]. Наоборот, компания, которая, согласно своему личному закону, обладает правоспособностью приобретать землю, не может стать собственником земельного участка в стране, где законодательство о «праве мертвой руки» (владении юридического лица недвижимостью без права передачи.—*Прим. перев.*) запрещает такое приобретение недвижимости компаниями[2].

По английскому закону права компании ограничены ее уставом. Всякий акт, совершенный от имени компании и выходящий за пределы этих прав (*ultra vires*),—недействителен. Ни одна континентальная правовая система не содержит такого рода ограничений; если устав континентальной компании определяет цели ее деятельности, то это не означает, что акт, выходящий за пределы этих целей, недействителен[3]. Если английская компания заключает в Германии договор, выходящий за пределы прав, определенных ее уставом, то такой акт должен рассматриваться в качестве недействительного как английскими, так и германскими судами[4]. Если, с другой стороны, германская компания совершает в Англии акт, выходящий за пределы сферы, определенной ее уставом, то такой акт считается действительным, так как он и по германскому и по английскому праву не будет актом, выходящим за пределы ее прав (*ultra vires*)[5].

285. *Организация и перевод компании*

3) Само собой понятно, что личный закон регулирует организацию юридического лица, обязанности и права директоров

[1] Risdon Iron and Locomotive Works v. Furness (1906) I K. B. 49, 56. См. американский Restatement, § 191.

[2] Great West Saddlery Co v. The King (1921) 37 T. L. R. (P. C.) 436, 445. Американский Restatement § 165.

[3] Ср. *Düringer-Hachenburg*, Комментарий к Handelsgesetzbuch, III, I, § 201, note 46.

[4] Однако германский суд, вероятно, по аналогии применит ст. 7, § 3 Вводного закона к германскому кодексу; согласно этой статье, неправоспособность физического лица не принимается во внимание, если это лицо по закону места совершения договора является право- и дееспособным. Против такой аналогии: Düringer-Hachenburg, loc. cit.

[5] Английское право применяет доктрину ultra vires только в отношении определенных групп английских корпораций.

и других должностных лиц, собрания акционеров, изменения устава, допустимость привилегированных акций и привилегированных голосов и т. д. Договор, которым компания назначает кого-либо директором-распорядителем или назначает других должностных лиц, подчиняется свойственному этому договору праву, которое, однако, обычно будет то же, что и личный закон компании.

4) Личный закон компании решает, возможен ли перевод центрального места управления компании в другую страну или нет. Согласно английскому праву, такой перевод не влечет за собой никакой перемены в личном законе, но он может быть осуществлен только если это разрешается законом местонахождения нового центра.

286. Документы

5) В отношении документов, выпускаемых компанией, следует проводить различие между акциями, с одной стороны, и долговыми обязательствами, облигациями, простыми векселями, траттами и тому подобными документами—с другой. Поскольку акции касаются только права на членство, то их создание, их природа и их передача держателем покупателю регулируются личным законом компании; этот закон также решает, допустима ли такая передача. Способ передачи различается в зависимости от того, выпущен ли документ на предъявителя или на имя определенного держателя акции. Этот вопрос будет рассмотрен ниже, в § 520. Долговые обязательства, облигации, векселя и другие документы, выпущенные компанией и содержащие в себе какое-либо обязательство, регулируются правом, свойственным этим документам, а не личным законом компании.

287. Ликвидация юридических лиц

6) Личный закон юридического лица регулирует его ликвидацию и последствия ликвидации. Всякое иностранное государство будет считать ликвидацию действительной, если только ее не следует отвергнуть по соображениям публичного порядка. Это последнее обстоятельство следует принимать во внимание после 1918 г., когда Советское Правительство целым рядом «декретов о национализации» ликвидировало все корпорации и конфисковало их имущество. [22]

288. Национальность юридических лиц

IV. Принято говорить о национальности юридических лиц и, таким образом, вносить кое-что из того, что мы утверждали относительно физических лиц, в область, где эти утверждения

могут быть применены только по аналогии. Большинство следствий, вытекающих из положения «иностранца» или «гражданина» данного государства, неприменимо в отношении корпораций: обязанности верности (allegiance) или воинской повинности, права участия в выборах и других политических прав для них не существует. Тем не менее, нельзя обойтись без понятия корпорации, например, французской или германской национальности. Во многих странах иностранцы лишены права приобретать землю, покупать суда или долю в судах, вести торговые или промышленные предприятия. Они обязаны, в случае предъявления иска в суде, внести обеспечение уплаты судебных расходов. Во всех такого рода случаях не имеет значения, является ли иностранец физическим или юридическим лицом. Критерий национальности, кроме того, имеет еще значение в международном публичном праве. Государство может предоставлять дипломатическую защиту только своим собственным гражданам, независимо от того, будут ли они физическими или юридическими лицами[1].

В английском международном частном праве вопрос о национальности корпораций не возникает, но он возникал в иностранных коллизионных нормах и в тех случаях, когда в результате обратной отсылки (renvoi) английский суд должен применить иностранную коллизионную норму, он неизбежно сталкивается с проблемой национальности юридического лица.

Согласно большинству континентальных правовых систем, эта национальность определяется действительным местонахождением центра управления; по английскому же (и англо-американскому) праву—законом, в соответствии с которым корпорация была образована. Норма, устанавливающая, что физическое лицо является гражданином государства X только в том случае, если это государство рассматривает его как своего гражданина, в одинаковой мере применяется также и в отношении юридических лиц. Если, например, компания была организована по законам Франции, но имеет центр своего управления в Англии, то она не является английской по английскому закону, а равно и французской—по французскому закону. Она не имеет государства и поэтому не будет пользоваться ни английской, ни французской дипломатической защитой. С другой стороны, одно и то же юридическое лицо может иметь две национальности; примером этому может служить компания, образованная по законам Англии и имеющая свой действительный центр во Франции.

[1] *E. Borchard*, Diplomatic Protection of Citizens Abroad, p. 617.

289. Корпорация как враждебный иностранец

V. Вопрос о том, носит ли данная корпорация «враждебный» характер в военное время, следует отличать от вопроса о национальности этой корпорации. Первая из этих проблем требует, чтобы ширма юридической субъектности была снята; необходимо выявить физических лиц, которые кроются за этим юридическим лицом и фактически его контролируют. Руководящим делом по этому вопросу является дело Daimler Co v. Continental Tyre and Rubber Co[1]. В этом деле вопрос заключался в том, может ли компания, организованная по законам Англии и имеющая, следовательно, британскую национальность и британского секретаря, все акции которой находятся, однако, в руках враждебных иностранцев, рассматриваться как враждебная компания с точки зрения законоположений о запрещении торговли с врагом. Апелляционный суд отклонил такую трактовку на том основании, что компания имеет «самостоятельное существование, которое нельзя отбросить в сторону как технический момент». Палата лордов, однако, отменила это решение. Лорд Паркер указал, что если компания рассматривается как британская в связи с законом, по которому она была образована, то этого еще не достаточно для того, чтобы ответить на вопрос, носит ли она враждебный характер или нет. Корпорация, сказал он, «сама по себе неспособна быть лойяльной или враждебной... Способность враждебности или дружественности... свойственна только человеческим существам; я не знаю, от каких физических лиц этот характер может исходить, если не судить по преобладающему числу держателей ее акций»[2]. Мы, однако, полагаем, что держатели акций не всегда являются решающим фактором. Иногда людей, судя по которым можно заключить о враждебном характере корпорации, следует искать среди членов другой корпорации, владеющей всеми или фактически всеми акциями первой корпорации. Иногда господствующими лицами являются посторонние лица, контролирующие компанию через своих ставленников. Такого же принципа придерживаются и в мирное время, когда государство хочет воспрепятствовать переходу в руки иностранцев его национальной промышленности, торговли или сельского хозяйства; в таких случаях закон обязан проникнуть за ширму юридической субъектности[3].

---

[1] (1915) 1 K. B. 893, (1916) 2 A. C. 307. Городской суд и Верховный суд Нью-Йорка разрешили этот вопрос в противоположном смысле. Fritz Schulz jun. Co v. Raymes and Co (1917) 164 N. Y. Suppl. 455 и 166 N. Y. Suppl. 567. Смешанные арбитражи, учрежденные в силу мирных договоров, выносили различные решения. Ср. *Feiler*, Brun's Z., II. 2, p. 55.

[2] (1916), 2 A. C., p. 340.

[3] Хорошим примером могут служить шведские законы от 30 мая 1916 го-

290. *Сверхнациональные юридические лица*

VI. Сверхнациональные юридические лица могут создаваться по договорам между государствами. Так, например, юридическая субъектность Лиги наций базируется на соглашении между всеми ее членами—государствами. Как правило, однако, корпорации, имеющие своей целью международную деятельность, становятся субъектами права только путем оформления своего образования в одном определенном государстве. Так, например, Банк для международных расчетов, хотя и основывающийся на конвенции 1930 г. между несколькими государствами, в действительности был создан швейцарским законом, который ввел в действие устав банка. Этот банк является акционерной компанией, созданной по законам Швейцарии и имеющей там свое местопребывание[1]; он, следовательно, имеет швейцарскую национальность как в континентальном, так и в английском смысле.

291. *Международные частные корпорации*

На протяжении последнего столетия частные ассоциации с «международными» целями создавались в постоянно возрастающем числе. Это—либо торговые и промышленные ассоциации, функционирующие с целью извлечения прибыли, либо ассоциации, «образованные в целях содействия искусству, науке, религии, благотворительности или каким-либо иным подобным целям, не преследующим извлечения прибыли»[2]. По действующему праву такие ассоциации ни в коем случае не могут создаваться вне связи с каким-либо определенным государством, другими словами—как «подлинные международные» корпорации. Такая связь может быть достигнута только заключением конвенции *ad hoc* между различными заинтересованными государствами. Общей конвенции по этому поводу еще не было заключено, хотя начиная с 1910 г. Всемирным конгрессом международных ассоциаций, Международной ассоциацией права, Институтом международного права[3] и Международной

да и 18 июня 1925 г., направленные против приобретения земли и рудников компаниями, хотя и созданными в Швеции, но фактически контролируемыми иностранцами. Германские промышленные магнаты, прикрывшись ширмой шведских компаний и шведских подставных лиц, закупили шведские леса и рудники в размерах, пагубных для шведской национальной экономики.

[1] См. Гаагскую конвенцию относительно Банка для международных расчетов от 20 января 1930 г., ст. 1, и устав банка, ст. ст. 1 и 2.

[2] Акт о компаниях 1929 г., ст. 14, подразд. (1). Первой международной ассоциацией этого рода, повидимому, была British and Foreign Anti-Slavery Society, образовавшая между 1835 и 1840 гг.

[3] См. *Annuaire* 25 (1912) 466; 30 (1923) 97 et seq.

торговой палатой было составлено множество проектов. Большая часть этих проектов ограничивается ассоциациями, не преследующими целей извлечения прибыли; наиболее замечательный из них — это проект, составленный греческим юристом Политисом[1]. Ни одна из этих попыток не привела к каким-либо практическим результатам. Равным образом, и международные компании, функционирующие для извлечения прибыли, всегда создаются по законам какого-либо одного государства как национальные организации. Их иностранные отделения представляют собой не более чем зависимые местные предприятия, в которые назначаются торговые агенты для руководства ими. Эти отделения могут также находиться в руках компаний, юридически самостоятельных, но акции этих вспомогательных компаний принадлежат либо тем же лицам, которые контролируют главную компанию, либо, преимущественно, самой этой главной компании. Бывает также, что на каждой соответствующей территории создается самостоятельная компания, и экономическое единство достигается через акционерное общество — holding company, — фактически владеющее всеми акциями этих различных местных компаний, между тем как акции этого акционерного общества могут стать объектом сделок на фондовых биржах.

Международные картели[2] представляют собой объединения с монополистическими тенденциями, направленными к ограничению конкуренции, создаваемые между промышленными или торговыми предприятиями, сохраняющими свое самостоятельное существование. Эти организации сами по себе редко выступают как субъекты права. Если же они являются юридическими лицами, то само собой понятно, что, согласно английским коллизионным нормам, их организация зависит от закона, в соответствии с которым они были образованы. Большинство картелей, однако, представляет собой простые договоры, создающие ряд обязательств между договаривающимися сторонами, в частности, обязательства воздерживаться от определенных действий, направленных к конкуренции, как, например, от продажи товаров по более низкой цене или от покупки сырья по более высокой цене, чем это установлено картельными договорами, или обязательства в определенных пределах ограничить выпуск продукции. Такие картельные договоры подчиняются «свойственному им праву», определяемому, главным образом, намерением сторон. Единообразие правового режима во всем мире, которое кажется осуществленным таким образом,

---

[1] *Annuaire*, 30, III et seq.

[2] *Geiler*, loc. cit., 196, и Düringer and Hachenburg, Commentary to the Commercial Code, II. I, 474 et seq. (с библиографией).

подвергается, однако, очень серьезной опасности в связи с тем обстоятельством, что национальные нормы публичного порядка, действующие в различных странах, очень резко отличаются друг от друга; в частности, это относится к нормам, касающимся действительности обязательств об ограничении торговли[1] или мотивов, по которым сторона вправе досрочно расторгнуть договор[2].[15]

БИБЛИОГРАФИЯ

Farnsworth, The Residence and Domicil of Corporations, 1939 (об этом: *Lorenzen*, 49 Yale L. J., 1940, p. 1350). *Farnsworth*, J. Comp. Legisl., 1938, 183. *E. I. Schuster*, Nationality and Domicil of Corporations, 2, Grotius Soc., 1916, 59. *Weidenbaum*, 36 Michigan L. R. (1938) 881. *Vaughan Williams* and *Curussachi*, 49 L. Q. R. (1933) 334, *Pillet*, Des personnes morales en droit internat. privé, 1914. *Mamelok*. Die Jurist. Person im internat. Privatrecht, 1900. *Niboyet*, Traité de droit internat. privé franç., II (1938) 255. *Arminjon*, Rev., Ghent, 1927, 360. *Gutzwiller* und *Geiler*, Mitteilungen der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, 12 (1933), p. 116, 177, 227. *Beitzke*, Juristische Personen im Internat. Privatrecht und Fremdenrecht. 1938. *Rühland*, 45 *Rec.* (1933 III) 391. *Mamelok*, Staatsangehörigkeit der jur. Person (доклад для швейцарского Verein für internat. Recht, 1918). *Strehl*, Staatsangehörigkeit bei jur. Personen, 1933. *Mazeaud*, Nationalité des sociétés, J. Clunet, 1928, 63. *Leven*, De la nationalité des sociétés en France. *M. Travers*, Nationalité des sociétés commerciales, 33 Rec. (1930 III) 5. *Neumeyer*, Internat. Verwaltungsrecht, I, p. 106. *Seroni*, La cittadinanza degli enti morali nel diritto internazionale, 1934. *Landau*, J. Clunet, 1931, 610. Travaux du Com. franç. de droit intern. pr., III (1937) II (признание иностранных компаний во Франции). *E. Lebée*, Trusts et Cartels internationaux, 19 Rec. (1927, IV) 147. *Farnsworth*, The enemy character of corporations, 7 Modern LR (1944) 80.

III. БРАК

ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ

292. Предварительные замечания

В доктрине и практике международного частного права проблемы, касающиеся брака и развода, занимают особо выдающееся место. Внутреннее материальное право различных стран в этой области значительно больше отличается друг от друга, чем в какой-либо иной области права, в частности — больше, чем в области, регулирующей торговые сношения. Нормы, регулирующие заключение, условия, недействительность и расторжение брака, настолько тесно связаны с моралью, религией и с основными принципами жизни, господствующими в какой-либо данной стране, что применение этих норм часто

---

[1] Ср. Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Co. (1894) A. C. 535, 565. Французский уголовный кодекс, ст. 419.

[2] См., например, германский декрет о картелях от 2 ноября 1923 г., § 8.

рассматривается как вопрос публичного порядка. Отсюда следует, что «гармония законов», эта конечная цель международного частного права, в вопросах брака и развода значительно труднее осуществима, чем в любой иной отрасли права. К сожалению, часто случается, например, что одна и та же супружеская чета в одной стране рассматривается как состоящая в законном браке, а в другой стране этот брак может считаться недействительным или оспоримым, или может быть расторгнут приказом о разводе, не признаваемым ни в каком другом месте. Сделанная Гаагскими конвенциями 1902 г.[1] попытка достигнуть в этой области единообразия европейских коллизионных норм потерпела полную неудачу: незначительное количество стран присоединилось к этим конвенциям, и некоторые из них очень скоро взяли назад свое согласие, и по основательным мотивам. Великобритания никогда не была участницей этих конвенций.

Мы займемся, во-первых, понятием брака, во-вторых, вопросом о допустимости брака между двумя данными лицами (об условиях, при которых заключение брака разрешается), в-третьих, формой заключения брака и, в-четвертых, последствиями, порождаемыми дефектом в условиях брака либо в форме его заключения.

Понятие брака

293. Виды обычных браков

I. Среди многообразных видов союзов между мужчиной и женщиной, развивавшихся на протяжении веков, во всяком обществе (нации, государстве, касте, племени, религиозной общине) существует определенный союз, порождающий более сильные юридические последствия, чем любой другой союз. Это — обычный нормальный брак, всюду отличаемый от других союзов между лицами различных полов.

Едва ли возможно дополнить это довольно формальное, хотя и достаточно ясное, описание нормального брака перечислением порождаемых им последствий или описанием форм, в которых возникает существование брака; ибо как последствия, так и формы брака настолько различны в различных странах и в разные периоды своего исторического развития, что невозможно обнаружить какую-либо общую для них всех характеристику. Брак может оказать или может не оказать влияния на домицилий, гражданство, законнорожденность, правопреемство вследствие смерти, на право, регулирующее собственность, налоговое право, уголовное право и судебный процесс. Он

---

[1] См. выше, § 40.

может создавать или не создавать односторонние или взаимные обязательства[1]. Брак может основываться на насильственном похищении, или на продаже, или обмене между отцом невесты или ее опекуном и женихом, или на свободном согласии. В случае такого согласия может быть достаточным любое заявление сторон об их браке, или же может требоваться нечто большее, как, например, религиозный или племенной обряд или же заявление перед государственным должностным лицом или вождем племени. Брак может быть моногамическим или полигамическим; полигамический брак, в свою очередь, может быть либо многоженственным, как по магометанскому праву, или многомужественным (полиандрическим), как в Тибете и в некоторых частях Индии, где несколько мужчин, большей частью братьев, имеют сообща одну жену. Многоженство может быть различных видов: иногда все жены имеют одинаковые звание и положение, иногда одна из них, обычно — первая, на которой мужчина женился, занимает более высокое положение и рассматривается как главная жена, в то время как остальные являются второстепенными, низшими женами, но не наложницами[2]. Брак может носить характер чисто светского института[3] или таинства. Он может быть расторжимым или нерасторжимым, и в тех случаях, когда расторжение допускается, закон страны может сделать расторжение крайне затруднительным или, наоборот, облегчить его: закон может разрешать развод при условии взаимного согласия сторон или даже одностороннего и произвольного заявления одного из супругов.

294. *Другие союзы*

Во многих странах, однако, существуют определенные формы союза между мужчиной и женщиной, влекущие за собой меньшие последствия, чем последствия, порождаемые браком нормального типа. В отношении лиц, принадлежащих к «высокой знати», германское общее право до 1919 г. разрешало полный брак только в том случае, если другая сторона была равна такому лицу по рождению; союз между германским

---

[1] Против: *Vinogradoff*, Outlines of Historical Jurisprudence, I, 203.

[2] *E. Westermarck*, History of Human Marriage (5 th ed. 1921) III, I et seq., 107 et seq. Остается под сомнением, можно ли назвать браком многократно обсуждавшиеся «групповые браки», заключаемые между группой мужчин и группой женщин, которые, как указывают, встречаются на Цейлоне, в Тибете и некоторых частях Индии. См. *Westermarck* III. 223 et seq.

[3] Лютер особенно подчеркивал, что «брак—это нечто внешнее и мирское, подчиненное временному влиянию, так же как одежда и пища, дом и очаг» (*Luther*, Von Ehesachen, 1530, веймарское изд., vol. XXX, sect. 3, p. 205).

принцем или членом его семьи и человеком из народа мог быть заключен в форме так называемого «морганатического» брака, но последствия брака были далеко не такие, как при полном браке: жена не приобретала ни имени, ни титула мужа, дети, хотя и законнорожденные, носили имя своей матери и не могли наследовать фамильное имущество[1]. В Англии до издания Закона 1753 г., называвшегося законом лорда Хардвик, кроме нормального брака, совершаемого перед лицом церкви (*in facie ecclesiae*) или заключаемого в присутствии священника или другого лица духовного сана (по мнению, выраженному некоторыми авторами[2]), могли существовать браки, заключенные простым согласием сторон; такие браки не имели всех последствий, порождавшихся полными браками. В некоторых странах простое сожительство влечет за собой определенные юридические последствия полноценного брака. Так, например, согласно английским правилам 1939, 1940 и 1941 гг., некоторые военные пенсии и пайковое содержание предоставлялись «не состоящей в браке жене», как ее называли[3], т. е. «не состоящей в браке иждивенке, живущей на положении жены», при условии, что она находилась полностью или в значительной мере на содержании мужа, «на постоянной, добросовестной семейной основе, существовавшей от даты, отстоявшей не меньше чем за шесть месяцев от начала войны»[4]. Согласно мексиканскому кодексу 1928 г. наложница, проживавшая с умершим последние пять лет до его смерти, имеет право наследования при отсутствии завещания, если обе стороны не состояли в браке и если она была единственной женщиной, с которой покойный жил[5]. По некоторым другим правовым системам дети, рожденные от внебрачного сожительства, находятся в лучшем положении в отношении алиментов и наследования, чем другие незаконнорожденные дети[6]. Во Франции «свободный союз» (union libre) создает взаимные внебрачные обязательства, и сожительница, повидимому,

---

[1] В 1540 г. Лютер даже разрешил принцу Филиппу Великодушному Гессенскому заключить морганатический брак, не расторгая брака со своей законной женой; прусский король Фридрих-Вильгельм последовал его примеру с санкции духовенства. Но едва ли можно поддерживать действительность этих браков.

[2] *J. F. Macqueen*, Law of Marriage (2nd ed., 1860) p. 6, 7 и *Eversley* On Domestic Relations (5th ed.), p. 14. Для нашей цели несущественно, правильно ли их утверждение или нет.

[3] Например, Order in Council sanctioning Retired Pay, Pensions, Allowances, etc., 1939, S. R. and Q., 1939, No 1221, p. 43, 58.

[4] Там же, § 14 (2) (c).

[5] Гражданский кодекс 1928 г., ст. 1635.

[6] Так, например, в римском праве: Nov. 18, c. 5 и Nov. 89, c. 8—10, 12.

вправе получить возмещение убытков в случае смерти ее сожителя вследствие железнодорожной или автомобильной аварии[1].

295. *Внебрачные сожительства*

Браки более низкого порядка не легко отличить от внебрачных сожительств, поскольку оба эти союза имеют только некоторые, но не все, юридические последствия полноценных браков. Вопрос о том, к какой из указанных групп принадлежит данный союз, зависит от закона той страны, в которой этот союз был заключен. В тех случаях, когда согласно этому закону наступает большая часть последствий полноценного брака (как они определены правом данной страны), — термин, употребляемый для обозначения брака нормального типа, применяется также и для обозначения не вполне «нормальных» браков (как, например, германский морганатический брак). С другой стороны, когда союз влечет за собой юридические последствия только в виде исключения и в очень ограниченной степени, право такой страны избегает слова «брак», показывая тем самым, что оно рассматривает такой союз только как внебрачное сожительство.

296. *Так называемые христианские браки*

II. Не все виды браков, существующих в различных частях земного шара, признаются английским правом как браки. Европейская цивилизация рассматривает как браки только такие союзы, которые английские юристы называли «христианскими браками», т. е. «добровольный союз на всю жизнь одного мужчины и одной женщины, исключающий всякие иные брачные союзы»[2]. Это определение нуждается в объяснении по четырем пунктам:

1) Термин «христианский брак» не исключает браков, заключенных между еврейскими, китайскими и японскими брачущимися сторонами[3] по форме, предписываемой соответственно их религией, а также нерелигиозных браков, т. е. браков, заключаемых перед регистратором или путем неофициального согласия[4]. Этот термин имеет в виду браки, «созданные на той же основе, что и браки во всем христианском мире»[5].

---

[1] См. *Josserand*, Cours de droit civil, I, No 1177, 1178, 1180 и *Dalloz Hebdom.*, 1932, Chron. 45; *Nast*, Vers l'union libre ou le crépuscule du mariage légal, ibid., 1938, *Chron*. 37. Trib. de la Seine, Dalloz. Pér., 1931. 2. 57.

[2] Hyde v. Hyde (1866) L. R. I. P. and D., 130, 133. Re Ullee (1885) 53. L. T. (N. Ser.) 711. In re Bethell (1888) 38 Ch. D., 220, 234. Brinkley v. Att.-Gen. (1890) 15. P. D. 76.

[3] Brinkley v. Att.-Gen. (выше).

[4] Например: браки, заключенные в Советской России (см. Nachimson v. Nachimson (1930 [19], или в Шотландии до 1938 г.

[5] In re Bethell (выше).

2) Союз должен быть на всю жизнь. Не от личных намерений сторон зависит, является ли этот союз союзом на всю жизнь; это определяется типичными рамками брачного союза, как они установлены законом. Сожительство не становится браком потому, что стороны намерены оставаться вместе до самой смерти; с другой стороны, брак не становится недействительным оттого, что стороны только хотели осуществить перемену гражданства жены или дать ей титул мужа и согласились разойтись немедленно после того, как они покинут бюро регистрации[1]. Не имеет значения, может ли союз быть расторгнут легко или это связано с трудностями; даже в тех случаях, когда брак может быть расторгнут односторонним заявлением одной из сторон, необходимо иметь в виду, что до своего расторжения брак соответствовал своей характерной идее «союза на всю жизнь» и что расторжение брака рассматривается как законом, так и обычаем, в качестве исключения[2].

297. Полигамические браки

3) Союз должен исключать всякие иные брачные союзы. Хотя миллионы британских подданных в Азии и в Африке практикуют многоженство, и их суды, так же как и Тайный совет, должны признавать полигамические браки, английское право не трактует их как браки в том смысле, в каком это понятие употребляется в Европе. Возникает вопрос: что создает полигамический брак? Американское право, повидимому, рассматривает как полигамические только те браки, которые заключаются в то время, когда один из супругов имеет живого и неразведенного супруга[3]; континентальные европейские правовые системы, очевидно, придерживаются такого же взгляда, хотя он редко высказывался[4]. Следовательно, первый брак, заключенный между двумя магометанами в Индии, считается действительным по американскому и континентальному европейскому праву, и только второй, третий и четвертый браки признаются недействительными. Английское право придерживается иной точки зрения, и в гораздо большей степени, чем

---

[1] Дайси, однако, требует (р. 280), чтобы по крайней мере одна из сторон имела намерение создать союз на всю жизнь. По нашему мнению, с точки зрения современных европейских правовых систем трудно согласиться с этим требованием, хотя оно несомненно правильно в отношении браков, совершаемых по каноническому праву, и браков только по согласию.

[2] Nachimson v. Nachimson, loc. cit. См. Warrender v. Warrender (1835) 2 Cl. and Fin. 488, 533.

[3] Restatement, § 132, comment. (c).

[4] *Valéry*, p. 845; *Frankenstein*, III. 94, note 138 и др. Что касается английского права, то лорд Брум в деле Warrender v. Warrender (см. выше), повидимому, придерживается того же взгляда.

американская норма, выявляет подлинный характер полигамии, как ее понимают в Азии и в Африке. Брак считается полигамическим, если, согласно закону, по которому он заключен, может быть заключен другой брак. Четыре брака, разрешенных магометанину, не превращаются в один действительный брак с первой женой (как если бы он был моногамическим браком) и в три недействительных брака, совершенных вопреки «препятствиям ко вступлению в брак» (*impedimentum ligaminis*). Все четыре брака — одного и того же качества, все они полигамические браки, в принципе отличающиеся от европейских браков, и со стороны европейского суда было бы несправедливо относиться к первой жене и к ее потомству более благоприятно, чем к другим женам, в смысле признания домицилия, гражданства и права наследования. Даже если одна из жен является «главной женой», а другие стоят ниже ее по положению, то и это обстоятельство не превращает один из союзов в моногамический брак, а остальные — во внебрачные сожительства[1].

298. *Отличие от моногамических браков*

От чего зависит, является ли брак моногамическим или полигамическим? На этот вопрос следует ответить:

а) Не от намерения сторон. Если двое магометан вступают в брак в Индии и муж твердо намерен исключить всякий иной брачный союз и осуществляет это намерение до конца, их брак тем не менее будет полигамическим, так как муж сохраняет возможность изменить свое намерение и вступить во второй брак, который, несмотря ни на какие обещания, которые он давал своей первой жене, будет считаться действительным в силу его личного закона[2].

б) Не от расы или религии сторон. Примеры: двое индусов магометанской веры могут заключить моногамический брак перед лондонским регистратором[3]. Брак, заключенный англичанином в Бичуаналенде по обряду племени баралонг, был признан полигамическим браком, хотя англичанин нигде не женился на второй жене[4].

в) Даже не от формы брака или соблюдения определенных обрядов. Правда, брак, заключенный по обряду

---

[1] In Cheang Thye Phin v. Tan Ah Loy (1920) A. C. (P. C.) 369, 373; умерший был китайцем, имевшим четырех t'sais, т. е. «главных жен», и одну t'sip, т. е. второстепенную жену. Все они наследовали имущество мужа в равных долях.

[2] Hyde v. Hyde (1866) L. R. I, P. and D. 130. *Beckett*, 48 L. Q. R. (1932) 341, 356; *Cheshire*, 319. Против: *Vesey-Fitzgerald*, 47 L. Q. R. 253.

[3] Примеры: Chetti v. Chetti (1909) P. 67 и R. v. Hammersmith Superintendent Registrar, ex parte Mir-Anwaruddin (1917) 1 K. B. 634, 642.

[4] См. In re Bethell (1888) 38 Ch. D. 220, 234.

племени баралонг[1], не может быть моногамическим, но является ли такой брак полигамическим или же не является вовсе браком,—это зависит от того, где он был заключен: если он был заключен в пределах страны этого племени, он является (действительным) баралонгским полигамическим браком, если же он заключен в Натале или в Англии, то это не есть брак вообще.

Необходимо, кроме того, иметь в виду, что обряды и форма брака иногда не имеют значения для его действительности. Магометанский брак, например, действителен, если супруги (или их отцы или опекуны) выразили свое согласие в присутствии определенного количества свидетелей; не требуется никаких религиозных действий, никакой регистрации, никакого заявления перед кади или другим должностным лицом[2]. Таким образом, если двое магометан заключают в Нью-Джерси брак путем выражения своего согласия в присутствии свидетелей, то это будет действительный моногамический брак; если они этот брак заключают в Индии, то это будет действительный полигамический брак; если, наконец, заявление сделано в Англии—брак считается недействительным ввиду невыполнения местной формы.

г) Решающим критерием для определения характера брака, следовательно, является, как это убедительно доказал Бекетт[3], место, где брак был заключен: если это место находится в Англии, брак не может быть полигамическим, он может быть либо моногамическим, либо недействительным. Если место заключения брака находится в Индии, Иране или Ираке, решение зависит от того, был ли он заключен в соответствии с Законом об иностранных браках 1892 г.[4] (Foreign Marriages Act) или каким-либо соответствующим законом других европейских стран, т. е. в пределах территории посольства, консульства и т. д. Если это было так,—брак моногамический, в противном случае—полигамический. Брак, который таким образом будет определен как полигамический, может, как и всякий иной правовой институт, быть либо действительным, либо оспоримым, либо недействительным. Каким именно является брак,—это решает закон, по которому он был заключен: магометанское право, индусское, американо-индусское[5] право и т. д. Так как на вопросы о право- и дееспособности, в противоположность

---

[1] Жених должен зарезать быка и послать его голову своей тесте. См. In re Bethell (выше).

[2] См. Faiz Badruddin Tyabji, Principles of Muhammedan Law (2nd ed., 1919), p. 88. *Vesey-Fitzgerald*, Muhammedan Law (1931), 37, 45.

[3] 48. L. Q. R. (1932), 356. *Cheshire*, 321.

[4] 55 and 56 Vict., c. 23.

[5] О полигамических браках американских индусов, с которыми американские суды часто сталкивались, см. *Goodrich*, 269.

вопросам о форме, ответ должен давать личный закон каждой из сторон[1], то, следовательно, этот закон должен решить, обладают ли соответствующие стороны правоспособностью на заключение полигамического брака. В этом, быть может, заключалась причина того, что по делу Бетел[2] полигамический брак между домицилированным англичанином и баралонгской женщиной был признан полностью недействительным[3].

Южноафриканское дело Seedat's Executors v. The Master (Natal)[4] было решено на таких же основаниях.

Магометанин женился на первой жене в Индии, будучи там домицилированным, и на второй жене также в Индии, но уже будучи домицилированным в Натале; он имел четверых детей от первой жены и шестерых от второй; суд признал детей от первой жены законнорожденными, а детей от второй жены—незаконнорожденными. Основание для такого решения заключалось в том, что когда отец был домицилирован в Натале—моногамической стране, он больше не был правоспособен на заключение действительного полигамического брака.

299. *Действительные и недействительные полигамические браки*

4) Хотя полигамический брак и не является браком в английском смысле, но из этого не следует, что английское право должно рассматривать такой брак как недействительный,—так же, как брак, заключенный в Англии женатым англичанином. Брак недействительный вследствие двоеженства дает основание для возбуждения процесса о признании его ничтожным, но не порождает никаких дальнейших последствий. Дети, рожденные в таком браке, считаются незаконнорожденными[5]. Если муж умирает, не оставив завещания, ни вторая его жена, ни ее дети не имеют права наследования. Женщина не приобретает британского гражданства своего мужа. Заключение такого брака является уголовным преступлением. Первая жена может возбудить процесс о разводе и т. д. Совершенно иное положение создается в случае действительного полигамического

---

[1] См. об этом дальше, § 309. Казалось бы, нет оснований к тому, чтобы только домицилий мужа, а не домицилий жены, был решающим. Бекетт (*loc. cit.*, 360—361) придерживается другого мнения. Он подчеркивает, что хотя английское право отвергает полигамию, это, однако, не может препятствовать англичанке заключить полигамический брак, так как и в таком случае она остается женой одного мужа. Но запрещение многоженства имеет в виду защитить не только общественную мораль, но также и отдельную женщину.

[2] (1888) 38 Ch. D. 220.

[3] Против: *J. H. C. Morris*, Cases, 89, 90.

[4] (1917) App. Div., 302.

[5] Shaw v. Gould (1868) L. R. 3, H. L. 55. См. об этом дальше, § 364.

брака. Так как такой брак не носит характера брака в английском смысле, он не может быть заключен в Англии, и если одна из жен магометанина убегает из гарема и вступает в Англии в брак с англичанином, то такой брак будет действителен[1]. Английские процессуальные средства—возбуждение процесса о недействительности брака, о разводе, о восстановлении супружеских прав—все это недоступно сторонам, находящимся в полигамическом браке. Кроме того, верно, быть может, и то, что признание некоторых второстепенных последствий полигамических браков было бы «несовместимо с моральными принципами народа», как сформулировал свое мнение южноафриканский суд по делу Seedat's Executors v. The Master (Natal) в отношении права полигамической жены на наследование[2]. Но независимо от вопроса о несовместимости полигамического брака с английским публичным порядком, принцип должен был бы быть таков: второстепенные или отдельные последствия брака должны признаваться в отношении действительных полигамических браков. Противоположный взгляд мог бы привести к абсурдному выводу о том, что миллионы британских подданных в Азии и Африке должны английскими судами рассматриваться как незаконнорожденные и как неспособные производить законнорожденное потомство. Некоторые решения английских судей показывают, что если бы суды должны были выносить решения о второстепенных последствиях непризнания полигамических браков, то они воздержались бы от принятия такой жесткой точки зрения. В решении по делу Hyde v. Hyde[3] лорд Пензанс сказал, что «быть может, было бы правильно предоставить потомству полигамических браков... права наследования или законнорожденности», а судья Читти попутно выразил то же мнение по делу Ullee[4]. Трудно, однако, сказать, как далеко пошли бы суды в отношении распространения последствий брака на полигамические союзы. Едва ли можно сомневаться в том,

---

[1] Harvey v. Farnie (1880) 6 P. D. (C. A.) 35, 53. См. итальянское дело 7 J. Clunet, 338.

[2] (1917) App. Div. 302, 307. Мы полагаем, что такое мнение трудно признать правильным. Когда решение идет дальше и утверждает, что признание первого брака «осуждается большинством цивилизованных народов по моральным и религиозным основаниям», то это, повидимому, ошибка: в большинстве моногамических стран аморальным считается не первый брак, а второй и последующие браки. Нам кажется сомнительным, можно ли во Франции включить принцип моногамии в понятие «публичного порядка», так как в Алжире французским гражданам, живущим по магометанскому и европейскому законам, разрешается заключать полигамические браки; Valéry, p. 1039.

[3] (1866) L. R. 1 P. and D. 130. См, *Cheshire*, 319. Против: *Morris*, Cases, 88 et seq.

[4] (1885) 53 L. T. R. (N. S.) 711.

что эти последствия будут признаваться в отношении законнорожденности и права наследования, и при таких условиях казалось бы нелепым отказать в праве наследования матерям таких законнорожденных детей[1]. Правда, затруднения возникают при применении английских законов, предоставляющих право наследования «пережившей жене», к случаям, когда муж оставляет больше чем одну пережившую жену. Должна ли каждая такая жена получать полную вдовью долю? Или же все жены должны разделить эту долю между собой[2]? Это, однако, уже вопрос толкования английского внутреннего материального права, и может случиться, что суды признают неприменимым закон в целом как не подходящий к тому случаю, когда остается больше чем одна вдова. Английскую норму, в силу которой жена всегда разделяет домицилий своего мужа, легко будет применить к жене или к женам, состоящим в действительном полигамическом браке, и Бекетт[3] обоснованно предлагает применять Закон о британском гражданстве и гражданском состоянии иностранцев (the British Nationality and Status of Aliens Act 1914 г.): было бы нелепо отказать в британском гражданстве персидским, иранским или арабским женам и законнорожденным детям британского магометанина.

Условия брака (препятствия к браку)

300. Различные виды препятствий

I. По всем правовым системам разрешение двум данным лицам вступить в брак ставится в зависимость от определенных условий (возраста, согласия определенных третьих лиц, отсутствия родства и т. д.) или, как это обычно формулируется в каноническом праве и современных доктринах, разрешение подчинено определенным препятствиям[4]. Эти препятствия бывают различных видов, в зависимости от того действия, которое они оказывают на брак, заключенный несмотря на их наличие:

---

[1] Так поступил южноафриканский суд по делу Seedat's Executors (1917), App. Div., 302.

[2] Последнее мнение было принято (хотя не в связи с интерпретацией английского закона) по делу Chang Thye Phin v. Tan Ah Loy (1920) A. C. (P. C.) 369, 373; ср. *Goodrich*, 271. Правильным решением было бы распределение (наследства) в соответствии с законом, по которому полигамический брак был законно заключен.

[3] Loc. cit. 342, 344; *Cheshire*, 318.

[4] Английское право также употребляет термин «препятствие», хотя редко. См., например, Закон о браке 1836 г. (Marriage Act; 6 and 7 Will IV. c. 85), s. 20; Stat. Order, 1909, no. 1332, IV. 2.

1) Заключенный брак может быть действителен, хотя он и недозволен (*illicitum sed validum*—недозволен, но действителен). Препятствия в случаях этого рода носят только директивный характер; в каноническом праве они называются *impedimenta impedientia tantum seu prohibentia*; в шотландском праве—*impediments prohibitive*[1] (запретительные препятствия). Их много в каноническом праве и в современных континентальных правовых системах[2]; в английском же праве их число незначительно. Примеры: отсутствие согласия родителей или опекунов на брак несовершеннолетнего[3] и наличие прежнего недействительного брака, который еще не был объявлен недействительным соответствующим судебным решением.

2) Брак, заключенный несмотря на существующее запрещение, может быть недействителен, как это имеет место, когда один из супругов еще находится в действительном браке с третьим лицом[4].

3) Наконец, брак может быть оспоримым[5], например, если он заключен под влиянием существенной ошибки или обмана.

Вопрос заключается в том, какой закон определяет те предварительные юридические реквизиты, при наличии которых брак может быть заключен. В большинстве случаев, к сожалению, ответ на этот вопрос в одной стране значительно отличается от ответов, даваемых в другой стране.

301. *Система lex loci celebrationis*

II. Первая и старейшая из господствующих систем объявляет решающим законом закон места заключения брака. «Брак, действительный в месте его заключения, действителен в любом другом месте; брак, недействительный в месте его заключения, недействителен всюду». Эта система возвращает нас к доктрине статутариев, согласно которой закон места совершения

---

[1] *Fraser*, Husband and Wife, p. 49.

[2] Примеры: вдове или разведенной женщине не разрешается вступить в новый брак ранее истечения определенного срока после прекращения первого брака (это положение известно всем континентальным системам, неизвестно каноническому и английскому праву). Усыновителю запрещается вступить в брак с усыновленным до тех пор, пока усыновление не будет аннулировано. Брак между опекуном и опекаемым запрещен. По каноническому праву брак между римским католиком и христианином некатоликом, как правило, не дозволен. Многие правовые системы запрещают брак между дядей и племянницей, тетей и племянником, но, если брак, несмотря на запрещение, заключен, он не считается недействительным.

[3] См. R. v. Inhabitants of Birmingham (1828) 8 B. and C. 29, 34. Simonin v. Mallac (1860) 2 Sw. and Tr. 67. Ogden v. Ogden (1908) P. 46.

[4] В каноническом праве эти препятствия называются impedimenta dirimentia, в шотландском праве—impediments irritant (этот термин принят здесь).

[5] Такие браки неизвестны каноническому и шотландскому праву. См. выше, § 74.

акта (*lex loci actus*) регулирует не только форму договора, но и его существо. Эта система проста и легко применима, так как место, где брак был заключен, в большинстве случаев можно установить без всяких затруднений. Некоторые трудности могут возникнуть только в тех случаях, когда брак заключается путем переписки между лицами, находящимися в разных странах,—случаи, которые могут иметь место только там, где признается законность браков общего права, для которых достаточно всего лишь согласия сторон[1]. Одно из больших неудобств системы *lex loci celebrationis* заключается в том, что она побуждает заинтересованных лиц заключать свои браки в стране, в которой препятствия, установленные законом их домицилия, не действуют, и таким образом обходить свои национальные запреты. В Соединенных Штатах, где система *lex loci* является институтом общего права, создаваемые ею опасности до известной степени уничтожаются многими постановлениями статутов. Так, например, Единообразный закон об обходе законов о браке 1912 г., который, однако, был принят незначительным числом американских штатов, и некоторые законы отдельных штатов[2] предусматривают, что брак не может быть заключен в штате, где этот закон применяется, если брачущиеся домицилированы в каком-либо другом месте и если такой брак был бы недействителен или оспорим по закону их домицилия, и что брак, заключенный несмотря на такое запрещение,—недействителен. Намерение сторон обойти право своего домицилия должно быть доказано. Система *lex loci celebrationis* была принята также многими латино-американскими государствами, такими, как Аргентина, Парагвай, Мексика, Гватемала, Никарагуа, и, в частности, была усвоена конвенцией, заключенной в Монтевидео в 1889 г.[3].

302. Система личного закона

Вторая система объявляет личный закон сторон компетентным регулировать условия их брака. Таким законом может быть закон домицилия, как, например, в Дании, Норвегии и многих латино-американских государствах, или закон гражданства, как в большинстве других стран.

---

[1] Такие случаи, редкие в мирное время, более часто встречаются во время войны, когда солдат, сражающийся на иностранной территории, желает вступить в брак с женщиной, находящейся на родине; *Vernier*, American Family Laws, I, 143; *Lorenzen*, 32 Harvard L. R. (1919) 473. Американский Restatement, § 125, в таких случаях применяет закон того государства, откуда было послано принятие предложения, так же, как и при заключении торговых договоров между лицами, находящимися в двух различных странах (Rest., § 326 (b)).

[2] См. *Vernier*, Amer. Family Laws, 1.3 et seq., 209.

[3] Ст. 11.

303. Смешанные системы

Наконец, некоторые страны приняли системы, представляющие собой смешение основных видов перечисленных выше систем: либо комбинацию закона гражданства и домицилия, либо комбинацию одного из этих законов с законом места заключения брака. Такая смешанная система, в частности, была принята Гаагской конвенцией о браке от 1902 г.[1]. Руководящим принципом этой конвенции является норма национального закона каждой из сторон; но закон места заключения брака имеет двоякое влияние: он может разрешить заключение брака, несмотря на наличие в национальном праве одной из сторон запрещений, базирующихся на религиозных мотивах, и он может, с другой стороны, отказать в разрешении брака на основании определенных запрещений его собственного внутреннего материального права, неизвестных национальному праву сторон, как, например, препятствий, вытекающих из родства и свойства, или на основании религиозных запретов.

304. Английское право. Принцип: lex loci celebrationis

III. Английское право также усвоило смешанную систему, которую, однако, далеко нельзя считать ясной. Исходной позицией английской системы явилась старая статутарная норма, позаимствованная у голландской школы[2] и ее американских приверженцев: решающим был закон места заключения брака — *locus regit actum.* Вначале эта норма предназначалась для применения как в отношении формы, так и в отношении материальных условий брака. Старые английские решения даже основывают норму *lex loci celebrationis* на «общем согласии народов» и на «международном праве» (*ius gentium*)[3]. Хотя в последнее время это обоснование нормы и было оставлено, норма сама по себе сохранилась как «общий принцип»[4]. Мы увидим далее, что в отношении брачной право- и дееспособности сторон был принят другой принцип, а именно, принцип *lex domicilii*; старой нормы продолжают придерживаться не только в отношении формы, но также и в отношении некоторых вопросов существа, за исключением право- и дееспособности[5]. Этот принцип был

---

[1] Другие примеры смешанных систем дают Гватемала, Мексика и Перу. См. R Vgl.. HWB. IV. 399.

[2] *Ulric Huber*, De conflictu legum, I. 3, 10.

[3] Scrimshire v. Scrimshire (1752) 2 Hagg. Consist. 395. См. также Herbert v. Herbert (1819) 3 Phil. 58, 63.

[4] Brook v. Brook (1861) 9 H. L. C. 193, 205. Sottomayor v. De Barros (No 2) 5 P. D. 94, 100 и др.

[5] Ср. решение лорда Данедина по квебекскому делу Berthiaume v. Dastous (1930) A. C. (P. C.) 79, 83: «Лучше других вопросов в международном праве урегулирован вопрос о браке (оставляя в стороне вопрос о право- и дееспособности), *locus regit actum*».

признан, по крайней мере, в отношении двух групп проблем, и мы полагаем, что он должен быть применен и к третьей группе, которая до настоящего времени не была предметом судебного исследования.

305. *Принцип lex loci actus является решающим: 1) в отношении действительности по существу*

1. *Lex loci actus* является решающим, когда предметом спора служит действительность самого брачного акта по существу. От закона места заключения брака зависит, будет ли опорочена действительность брака вследствие ошибки одной из сторон относительно существенных качеств другой стороны. Этот принцип, повидимому, установлен в решении по делу Mitford v. Mitford[1]. По этому делу брак был заключен в Германии между домицилированным англичанином и домицилированной немкой; в суд обратилась жена, действовавшая на основании «ошибки в качествах» (*error qualitatis*), которая не имела бы значения по английскому праву, но сделала бы брак оспоримым в случае применения германского права. Английский суд признал подлежащим применению германское право по принципу *lex loci actus*.

Суд мог бы достигнуть того же решения, ссылаясь на германский домицилий жены, и это было бы более удовлетворительным выходом из положения. Наиболее затруднительное положение создается, когда *error qualitatis* трактуется иначе, чем право- и дееспособность, причем *error qualitatis* подчинена закону места заключения брака,а «способность»—закону домицилия. Это положение становится особенно ясным в тех случаях, когда вопрос касается дефектов или импотенции. Во многих странах, следующих каноническому праву, импотенты рассматриваются как лица, неспособные на заключение действительного брака; между тем, в других странах, например в Германии, импотенция является препятствием к браку только в том случае, если другая сторона в момент заключения брака не знала об этом обстоятельстве. Такое же расхождение имеет место в случаях, когда одна из сторон страдает слабоумием или подвержена периодическим припадкам умопомешательства. Если, согласно закону домицилия, такой дефект является одним из тех, которые создают неспособность к заключению брака или ограничивают эту способность, то применению подлежит этот закон. Если, с другой стороны, закон домицилия рассматривает этот дефект как обстоятельство, не ограничивающее способности ко вступлению в брак, то закон места совершения брака решает вопрос о последствиях таких личных качеств. Например, английский закон 1937 г.—

---

[1] (1923) P. 130. См. об этом решении *Dr. Cheshire*, 348, 349.

Matrimonial Causes Act[1]—гласит, что брак «должен считаться оспоримым на том основании, что... одна из сторон в браке в момент заключения брака страдала душевной болезнью или умственным недостатком... или была подвержена периодическим припадкам умопомешательства», но добавляет, что «суд должен издать приказ (о недействительности брака. — *Прим. перев.*), только если он убедится в том, что истец в момент заключения брака не знал о фактах, на которые он ссылается». Устанавливает ли это постановление неправоспособность (если истец не знал о фактах) или оспоримость, основанную на ошибке? Приведенная формулировка, повидимому, предлагает первое решение. Но приходится сожалеть о том, что различие, проводимое коллизионной нормой, вынуждает юриста изучать и давать ответ на такие абсурдные вопросы, которые воскрешают в памяти строгую критику Ворвика по адресу «тонких, острых софизмов закона».

Если правильно, что решение по делу Mitford v. Mitford объявляет *lex loci actus* решающим в тех случаях, когда одна из сторон находится в заблуждении относительно существенных качеств другой стороны, тогда то же самое должно быть правильно и при другом заблуждении, например, при ошибке в личности. Это положение, кроме того, относится и к влиянию обмана и насилия на действительность брака.

306. 2) В отношении согласия третьих лиц

2. *Lex loci actus* равным образом является решающим и в тех случаях, когда для действительности брака имеет значение согласие или совет третьих лиц, например, родителей, прародителей или опекунов. Право домицилия одной из сторон часто требует такого согласия или совета, объявляя, что без такого согласия брак либо недозволен, либо даже что такой несанкционированный брак оспорим[2]. В обоих случаях английское право не принимает во внимание постановлений закона домицилиев; оно применяет только закон места совершения брака. Такие решения были вынесены по делам, по которым домицилированные английские стороны вступили в брак за границей (Gretna Green Cases [10])[3] а также несколько раз при

---

[1] (1 Edw. VIII and Geo. VI, c. 57), s. 7, subs. (1).

[2] По германскому гражданскому кодексу (1896 г.) отсутствие согласия родителей рассматривается как impediens tantum, т. е., как обстоятельство, безвредное в отношении действительности брака; между тем, отсутствие согласия со стороны юридического представителя (которым может быть отец, мать или опекун) делает брак оспоримым.

[3] Браки английских несовершеннолетних беглецов, заключенные в Шотландии, где требуемое английским законом согласие родителей не являлось условием брака. Губер говорит о «*adolescentes furtivos amores nu*

обратном положении, когда лица, домицилированные за границей, заключили браки в Англии, не посоветовавшись со своими родителями, вопреки постановлениям закона их домицилия. Руководящими делами этого типа являются дела Simonin v. Mallac[1] и Ogden v. Ogden[2].

В деле Simonin v. Mallac речь идет о браке, заключенном в 1854 г. между двумя домицилированными французскими сторонами в возрасте, соответственно, двадцати девяти и двадцати двух лет. Этот брак нарушал две нормы, в то время составлявшие часть французского гражданского кодекса: он был заключен без предварительного объявления (оглашения в церкви имен брачущихся), которое должно было быть произведено должностным лицом в предписанной законом форме[3], а также без трех «почтительных и формальных актов», при посредстве которых мужчина, не достигший тридцатилетнего возраста, и женщина моложе двадцати пяти лет обязаны были испросить совета (conseil), но не согласия, своих родителей[4]. Французский кодекс устанавливает, что каждый из указанных недостатков препятствует действительности брака, заключенного французским подданным вне пределов Франции. Французский суд в соответствии с этим объявил брак ничтожным и недействительным. Английский суд поддержал брак; свое мнение суд основал на общей норме *lex loci actus* в том виде, в каком она была применена по делу Scrimshire v. Scrimshire, т. е. «не только по вопросу о форме и обряде»[5]. Суд подчеркнул «невозможность установить одну норму для всех случаев, за исключением случаев, когда закон страны, в которой брак был заключен, должен, по крайней мере в этой стране, решить, действителен ли брак или нет»[6]. Предложение о применении закона домицилия должно быть отвергнуто по тем соображениям, что если стороны ранее имели разные домицилии, то каждое государство, соответственно, имело бы «одинаковое право претендовать на уважение к его закону», тогда как «оба закона не могут быть соблюдены»[7]. Хотя последний аргумент неубедителен (во всех континентальных государствах коллизионные нормы показывают, что применение обоих законов не представляет затруднений), но решение по делу Simonin v. Mallac является

---

ptiis conglutinare cupientes» («тайно влюбленных молодых людях, жаждущих связать себя браком»). Руководящим делом является дело Compton v. Bearcroft (1769) 2 *Hagg.* Consist. 444.

[1] (1860) 2 Sw. and Tr. 67.
[2] (1907) P. 107; (1908) P. (C. A.) 46.
[3] Гражданский кодекс, ст.ст. 63, 170.
[4] Там же, ст. ст. 151, 152, 170.
[5] Simonin v. Mallac (выше), p. 80.
[6] Ibid., p. 85.
[7] Ibid., p. 84.

хорошим прецедентом для подтверждения нормы, в силу которой английский суд применяет принцип *lex loci* не только в тех случаях, когда исследованию подлежит форма брака, но также в случаях, когда предметом спора являются материальные условия брака, за исключением право- и дееспособности.

Решение по делу Ogden v. Ogden[1] следует этой норме, но делает шаг вперед. По обстоятельствам этого дела домицилированный француз девятнадцати лет и англичанка двадцати пяти лет совершили брачный обряд в Англии по английской форме. Как и по делу Simonin v. Mallac, французский суд аннулировал брак, а английский признал его действительным. Основанием для этого опять-таки послужило то обстоятельство, что вопрос должен быть разрешен не по закону французского домицилия, а в соответствии с английским законом места заключения брака. Различие, однако, заключалось в том, что в то время, когда рассматривалось это дело, муж по французскому закону не обладал правоспособностью, так как его правоспособность на заключение брака была обусловлена согласием его отца[2]. Тем не менее этот дефект не был принят во внимание ни судом по бракоразводным делам, ни апелляционным судом. Результат таков, что в тех случаях, когда по закону домицилия, а не по закону места совершения брака, действительность брака зависит от согласия третьего лица, то подлежит применению закон места заключения брака. Как бы неудачно и нелогично это правило ни было[3], оно является действующим правом.

Это правило относится ко всем видам согласия третьей стороны, независимо от того, требуется ли такое согласие в личных интересах одной из сторон в браке, или же для того, чтобы поддержать должное уважение к третьей стороне (к отцу или к главе семьи)[4], или в публичном интересе (военная служба[5], государственный порядок и т. д.). В случаях последнего рода существует, однако, еще и другое соображение в пользу того, чтобы пренебречь иностранной нормой, а именно—неприменимость иностранного публичного права[6].

---

[1] (1907) P. 107; (1908) P. (C. A.) 46.
[2] Гражданский кодекс, ст. 148; см. ст. 182.
[3] Ср. *Cheshire*, p. 232.
[4] Почтительный и формальный акт, предусмотренный ст.ст. 151, 152 французского гражданского кодекса (см. выше), может служить этому примером.
[5] Так, например, в Германии военнослужащие нуждаются в согласии своих вышестоящих офицеров.
[6] См. выше, §§ 162, 164.

307. *Дело Sussex Peerage*

Во всех тех случаях, когда в иностранной монархии существует норма, по которой никто из членов правящей фамилии не может вступить в брак без согласия суверена, такая норма не будет приниматься во внимание судами других государств как включающая в себя принцип иностранного конституционного права, даже если обычная коллизионная норма места суда требует применения права этой монархии по всем вопросам, относящимся к способности ко вступлению в брак. С другой стороны, суды страны, где требуется согласие суверена, будут признавать недействительным брак, заключенный без такого согласия, независимо от того, будет ли эта норма применена или отвергнута в силу закона места совершения брака или закона домицилия. Это положение, повидимому, является основанием решения по делу Sussex Peerage[1].

Закон о королевских браках (Royal Marriage Act)[2] предусматривает, что ни один потомок короля Георга II не будет правоспособен на заключение действительного брака без согласия короля, принятого в Совете. Один из сыновей Георга III, принц Август Фридрих, британский подданный, домицилированный в Англии, в 1793 г. женился на дочери графа Данмар без такого согласия; брак был заключен в Риме. Согласно итальянскому праву, брак был действителен, но, несмотря на норму о законе места заключения брака, английский суд признал брак недействительным.

Это решение отнюдь не основывалось на праве домицилия принца или на его британском гражданстве; такое же решение было бы вынесено, если бы принц был домицилирован в Италии. Решение было основано исключительно на интересах государства, для которого брак какого-либо члена королевской семьи «может быть вредным»[3].

308. 3) *В отношение нормы, устанавливающей отсрочивающие препятствия*

3. Закон места совершения акта (вероятно) является решающим в тех случаях, когда вопрос касается только иностранных норм, устанавливающих отсрочивающие препятствия (*impedimenta impedientia tantum*), т. е. когда проблема заключается не в том, следует ли считать уже заключенный брак действительным, недействительным или оспоримым, а в том, дозволен ли предполагаемый, но еще не заключенный

---

[1] (1884) II Cl. and Fin. 85.
[2] (1772) 12 Geo. III, c. 11.
[3] Sussex Peerage Case (выше), p. 147.

брак. По этому вопросу нет ни одного прецедента, и такой вопрос редко возникает перед судом. Этот вопрос надлежит решить должностному лицу, регистрирующему брак[1], и только если это лицо отказывает в выдаче свидетельства о браке или разрешения и если высшая административная инстанция отклоняет жалобу,—вопрос может быть поставлен перед судом в порядке приказа *mandamus*[2]. До настоящего времени ни одно опубликованное в судебных отчетах дело не касалось вопроса об отказе, вынесенном на основании одного только директивного запрета[3]. То обстоятельство, что суды по этому поводу молчат, вынудило английских авторов учебников вообще воздержаться от обсуждения этой проблемы. На континенте не возникает никакого сомнения относительно того, что личный закон сторон в браке (либо закон их гражданства или домицилия) регулирует все запрещения, безразлично, создают ли они ничтожность или оспоримость брака.

Регистратору браков не разрешается выполнить брачную церемонию до тех пор, пока он не убедился, что, согласно личному закону обеих сторон, не существует препятствия к заключению брака[4]. Английское право требует, чтобы до выдачи свидетельства о браке обе стороны сделали торжественное заявление о том, что «они не знают никакого законного препятствия к тому, чтобы они могли соединиться в браке» друг с другом[5], но не сказано, какой именно закон решает вопрос о том, существуют ли какие-либо законные препятствия. Можно с уверенностью допустить, что в отношении *impedimenta impedientia tantum* еще остается в силе старая норма, согласно которой решающим является *lex loci actus*, и что закон домицилия к этим случаям отношения не имеет.

Иллюстрации: домицилированная француженка-вдова желает заключить брак перед английским регистратором спустя три месяца после смерти ее мужа. Брак дозволен; в Англии не подлежит применению норма французского права, по которой вступление в новый брак запрещено женщине ранее истечения трехсот дней после прекращения ее предыду-

---

[1] В случае брака, регистрируемого в бюро регистрации.

[2] См. R. v. Hammersmith Superintend. Registrar, ex parte Mir-Anwarrudin (1917) I K. B. 634.

[3] По делу Хаммерсмита (выше) основанием для отказа послужило наличие ранее заключенного действительного брака, т. е. препятствие, уничтожающее брак.

[4] В большинстве стран иностранцы, желающие вступить в брак, обязаны представить удостоверение, выданное государством, гражданами которого они являются, подтверждающее, что, согласно законам этого государства, никаких препятствий к браку не существует.

[5] Stat. Order 1909, No. 1332, s. IV, 2.

щего брака[1]. Кроме того, французское право запрещает брак между усыновителем и усыновленным[2], испанское право — между опекуном и опекаемым; но в обоих случаях брак считается действительным, если он заключен вопреки этим запрещениям. Повидимому, в Англии не возникает препятствий к заключению такого брака для домицилированного французского усыновителя или испанского опекуна.

309. Способность к вступлению в брак определяется по месту домицилия

IV. Абсолютное господство закона места заключения брака допускает одно исключение. Вопрос о *способности* ко вступлению в брак, вообще говоря, регулируется законом домицилия.

Несколько слов о понятии способности ко вступлению в брак в его значении для данной нормы. Существуют два вида неспособности: абсолютная неспособность, проистекающая из определенного статуса, вследствие которой неправоспособный (incapax) не может заключить никакого действительного брака (например, несовершеннолетие), и относительная неспособность, не зависящая от статуса и существующая только между определенными лицами (например, родство в пределах запрещенных степеней). Неспособность не создается простым запрещением вступить в брак, если брак, заключенный вопреки этому запрещению, действителен.

310. Первый шаг: когда домицилий — английский

Норма, по которой закон домицилия является решающим во всех вопросах право- и дееспособности, развивалась очень медленно. Первый шаг в этом направлении был сделан по делам о кровосмесительных браках. Препятствия, не известные закону места заключения брака, но существующие в силу закона домицилия, были признаны обстоятельствами, лишающими брак законной силы в тех случаях, когда такой брак запрещен (в домицилии) как «противоречащий религии, морали или какому-либо иному основному институту»[3]. Эта норма применялась, в частности, в тех случаях, когда *lex domicilii* был английский, а место заключения договора — иностранное, и когда английские запреты на основании родства или свойства были более строгими, чем соответствующие нормы в месте заключения брака. Таковы случаи брака в Дании между двумя домицилирован-

---

[1] Гражданский кодекс, ст. 228.
[2] Там же, ст. 354.
[3] Brook v. Brook (1861) 9 H. L. C., 193, 212.

ными англичанами—вдовцом и сестрой его покойной жены[1], или брака, заключенного в Германии между домицилированным англичанином и немкой, опять-таки сестрой его первой жены[2], или, наоборот, брака, заключенного в Германии между домицилированной англичанкой и домицилированным немцем, который раньше был женат на ее сестре[3], или брака в Германии между дядей и племянницей, когда оба имеют английский домицилий (по германскому закону браки между дядей и племянницей разрешаются)[4]. Признается ли тот же принцип в тех случаях, когда закон домицилия не английский и когда право- и дееспособность сторон не ограничивается ни *lex fori*, т. е. английским законом, ни законом места совершения брака, который может быть английским законом или законом третьей страны? Путаница в источниках затрудняет разрешение этого вопроса.

311. The Sottomayor v. De Barros cases

Трудность заключается, главным образом, в истолковании мало удовлетворительных решений по делу Sottomayor v. De Barros[5].

Фактическая сторона дела заключалась в следующем: девушка четырнадцати с половиной лет и юноша шестнадцати лет совершили брачный обряд в Англии; они были двоюродным братом и сестрой, оба португальского гражданства. По португальскому закону того времени брак между двоюродным братом и сестрой был недействителен, если он был заключен без разрешения папы римского; о таком разрешении стороны не просили. Родители обеих сторон одобряли и даже поддерживали брак по деловым соображениям; консумация брака не состоялась. Домицилий сторон находился под сомнением. Дело вначале было решено при предположении, что обе стороны были домицилированы в Португалии[6], и было передано на новое рассмотрение спустя два года, когда было установлено, что только девушка была домицилирована в Португалии, в то время как муж имел английский домицилий[7].

Вначале судья Филлимор объявил брак действительным. Он признал, что решающим является английское право как *lex loci actus*, что непринятие во внимание португаль-

---

[1] Brook v. Brook, ibid. (по английскому закону того времени брак между такими лицами не мог быть законно заключен).

[2] Mette v. Mette (1859) I Sw. and Tr. 416.

[3] In re Paine (1940) Ch. 46.

[4] In re de Wilton (1900) 2 Ch. 481.

[5] (1877) 2 P. D. 81; (1877) 3 P. D. (C. A.) 1; (1879), 5 P. D. 94.

[6] Решения в 2 P. D. 81 и 3. P. D. 1 (называемые Sottomayor v. De Barros, No 1).

[7] Решение в 5 P. D. 94 (называемое Sottomayor v. De B., No 2).

ского препятствия не повлекло за собой признания брачного союза—«кровосмесительным, неестественным или разрушительным для цивилизованной жизни», и что указанное препятствие было просто запретом «позитивного права»[1]. Апелляционный суд единогласно отменил это решение, применив «общепризнанный» принцип[2], в соответствии с которым, по крайней мере в тех случаях, когда обе стороны имеют один и тот же домицилий, их способность ко вступлению в брак друг с другом зависит от закона этого домицилия.

Это мнение подверглось резкой критике со стороны судьи Ханнен в решении по «второму» делу Соттомайор. Судья подчеркнул[3], что применение закона домицилия при решении вопросов о право- и дееспособности никоим образом не «общепризнано», и что старый принцип *lex loci actus* еще действует, по крайней мере в тех случаях, когда одна из сторон, если брак был заключен в Англии, в момент брачной церемонии была домицилирована в Англии. «Иначе,—рассуждал он, имея в виду намек, содержавшийся в первом решении апелляционного суда,—несправедливость может быть проявлена по отношению к нашим собственным подданным, если брак будет признан недействительным на том основании, что он запрещен законом домицилия одной стороны»: неосновательное соображение, если иметь в виду, что речь идет о неконсумированном браке, заключенном между двумя детьми и вызванном подстрекательством родителей, исходивших из деловых соображений. Как бы хорошо ни была обоснована критика, которой можно подвергнуть это второе решение, и как бы, с другой стороны, ни было верно, что в первом решении по делу Соттомайор апелляционный суд счел «общепризнанным» принцип, который в то время еще никаким образом не был признан,—тем не менее, оба решения сотворили право. Принцип, в соответствии с которым способность к заключению брака, так же, как и способность к заключению других договоров, регулируется законом домицилия, в настоящее время общепризнан, хотя главным образом в «попутных высказываниях». Последнее судебное решение, вынесенное по этому вопросу (по делу Пэйн[4]), опирается на единодушное мнение выдающихся теоретиков; ученый судья оказался в состоянии цитировать учебники Дайси и Вестлейка и статью о «Коллизии законов» в Halsbury's Laws of England, авторы которых высказываются в пользу применения закона домицилия.

---

[1] Pp. 86, 87 loc. cit.
[2] 3 P. D., p. 5 (per Cotton, L. J.).
[3] 3 P. D., p. 7 и 5 P. D. p. 104.
[4] (1940) Ch. 46.

С другой стороны, неудачное исключение из этого принципа, установленное во втором решении по делу Соттомайор, никогда не было опровергнуто и также создало прецедент. Результат, повидимому, должен быть следующий:

1) Способность двух лиц к заключению друг с другом брака регулируется не законом места заключения брака (*lex loci celebrationis*), но законом домицилия (*lex domicilii*).

2) Из этого правила имеются два исключения:

а) Вопрос о том, зависит ли эта способность от согласия третьих лиц, решается законом места заключения брака.

б) Препятствия к браку, установленные иностранным законом домицилия, основанные на родстве или свойстве между сторонами, не принимаются английским судом во внимание, если одна из сторон имеет английский домицилий и брак был заключен (или должен быть заключен) в Англии.

312. Что является законом домицилия

Остается исследовать еще один вопрос: что понимается под законом домицилия? Было предложено три различных ответа: во-первых, закон домицилия мужа; во-вторых, закон супружеского домицилия; в-третьих, закон домицилиев каждой из обеих сторон.

1) Первая точка зрения, очень защищавшаяся в старые времена, особенно Савиньи[1], основана на понятии о муже как о главе семьи; но момент, в который вопрос о «неспособности» женщины на заключение брака становится существенным, является добрачным; в то время еще нет «мужа», нет «семьи».

2) Такое же возражение приводится и против второй точки зрения, выдвинутой Чешайром[2]. Брак может создать супружеский домицилий, но нельзя установить, основываясь на несуществующем еще брачном домицилии, возникло ли существование самого брака. Кроме того, самое понятие брачного домицилия далеко не ясно. Оно, во-первых, может означать домицилий, который жених имел во время заключения брака[3]. Во-вторых, оно может указывать на «место, куда стороны намерены отправиться после бракосочетания с целью обосновать там свой семейный очаг»[4]. Оно, в-третьих, может обозначать домицилий, который муж будет иметь после того, как чета обоснуется в стране, «в которой предполагается постоянное местопребывание супругов»[5]. Первый ответ должен быть

---

[1] VIII, § 379 (S. 325, 326).
[2] Pp. 220, 492.
[3] Так, например, *Cheshire*, ibid.
[4] *Story*, § 191, См. *Beale*, II. 692—93.
[5] Brook v. Brook (1861) 9 H. L. C. 193, 207.

отвергнут. Пример: шотландец, приобревший английский домицилий по выбору, наследует предприятие в Капштадте; он решает эмигрировать туда и покидает Англию. На борту парохода, который перевозит его в Капштадт, он встречает англичанку, домицилированную в Южной Африке, и они заключают брак на пароходе за несколько часов до их прибытия на место. Казалось бы нелепым назвать «супружеским» домицилием шотландский домицилий, который жених сохраняет во время пребывания в пути[1], который невеста приобретает на несколько часов в результате своего брака и который обе стороны утрачивают по прибытии в Капштадт. Второй ответ представляется нам несовместимым с английским понятием домицилия: предполагаемый домашний очаг может быть назван местопребыванием супругов, супружеским домом; но он не носит характера домицилия в тех случаях, когда он не предполагается как постоянный. Против третьего ответа можно выдвинуть те же возражения: он не дает ни малейшего указания на то, как установить право- и дееспособность, если стороны не «предполагали» никакой «супружеской» резиденции на всю жизнь. Доктор Ульрих Губер ссылается на любопытную доктрину, которая должна, по его мнению, поддержать понятие супружеского домицилия в качестве критерия для определения право- и дееспособности. Он пытается объединить доктрину *lex loci actus* с принципом *lex domicilii*, указывая, что место заключения брачного договора находится не столько там, где договор совершен, сколько там, где стороны хотят осуществлять свою супружескую жизнь (*locus matrimonii contracti non tam is est ubi contractus nuptialis initus est, quam in quo contrahentes matrimonium exercere voluerunt*)[2]. Против этого можно возразить, что такое отожествление места заключения договора с местом его исполнения является чистейшей фикцией.

313. Решающим является домицилий каждой из сторон

Единственное разумное решение, принятое фактически в каждой стране, где личный закон супругов регулирует вопрос об их брачной право- и дееспособности,—заключается в том, что личный закон каждой из сторон должен приниматься во внимание в одинаковой мере. Закон домицилия каждого из супругов решает вопрос о его или ее «способности» ко вступлению в брак с другой стороной[3]. Если *A.* имеет французский

---

[1] См. выше, § 105.

[2] Warrender v. Warrender (1853) 2 Cl. and Fin. 488. Эта норма основана на известных отрывках из Digest. 42. 5. 3 и 44. 7. 21. См. об этом ниже, § 414.

[3] Re Paine (1940) Ch. 46 и *Dicey*, *Westlake* и Halsbury's, Laws of England—отрывки, цитированные судом.

домицилий, а *Б.*—испанский, то французский закон решает, может ли *А.* вступить в брак с *Б.*, а испанский закон решает, может ли *Б.* вступить в брак с *А.* Если французский закон отказывает *А.* в способности на заключение брака с *Б.*, то брак будет недействителен, независимо от того, разрешается ли такой брак испанским законом или нет. С другой стороны, если *А.* по французскому закону правоспособен, но по испанскому закону «неправоспособен» на брак с *Б.*, то это не препятствует действительности брака. Может, однако, случиться, что закон домицилия *А.* разрешает его брак с *Б.* только при соблюдении определенных условий в отношении *Б.*, хотя закон домицилия *Б.* не требует этих условий. Пример: шведский закон не разрешает браков между эпилептиками; французский закон разрешает такие браки. Если домицилированный француз, страдающий эпилепсией, намерен жениться на шведке (которая знает об этом обстоятельстве), то такой брак нарушает шведский закон, который, очевидно, имеет в виду запретить шведским подданным вступать в браки между собой, если они сами эпилептики, а также и с эпилептиками—не шведскими подданными. Это положение сохраняет силу и в отношении такого препятствия, как импотенция, о которой известно другой стороне. Импотенция рассматривается в качестве препятствия, например, в каноническом, английском и испанском праве, но не в германском или французском. Импотенция лишает законной силы брак между испанкой и домицилированным немцем, и при этом несущественно, кто является импотентной стороной—испанская женщина или германский мужчина. Не следует, однако, полагать, что все препятствия имеют такой двусторонний характер. Когда, например, массачусетский закон разрешает девушке двенадцати лет вступать в брак, а английский закон устанавливает брачный возраст в шестнадцать лет, то это не значит, что англичанин не может заключить действительный брак с массачусетской девушкой моложе шестнадцати лет[1].

314. *Дата, являющаяся решающей в отношении право- и дееспособности*

Право- и дееспособность должна существовать в момент заключения брака. Законно заключенный брак не становится недействительным, если муж впоследствии приобретает домицилий, по закону которого он не был бы в праве вступить в брак. Наоборот, недействительный брак не становится действительным в результате перемены домицилия, если даже

[1] Если девушке только двенадцать лет, брак можно рассматривать как безнравственный (но это не касается обсуждаемого здесь вопроса).

в новом домицилии этот брак мог бы быть законно заключен. Если, например, домицилированный англичанин женится в Дании на сестре своей разведенной жены, этот недействительный брак остается недействительным, даже если супруги обосновываются в Дании и там приобретают новый домицилий.

315. Препятствие ввиду преднамеренного отказа от консумации брака

V. Наконец, английский закон от 1937 г.[1], The Matrimonial Causes Act, ввел новое препятствие к браку, которое, повидимому, неизвестно ни одной другой правовой системе и которое может создать некоторые трудности в области международного частного права. Брак считается оспоримым «на том основании, что не состоялась его консумация ввиду преднамеренного отказа ответчика исполнить супружеские обязанности». Своеобразная черта этого препятствия заключается в том, что оспоримость брака базируется на послебрачном факте. Можно было бы ожидать, что будет предоставлено право предъявления иска о разводе в случае отказа от консумации, как это существует во многих других странах. Многое, однако, можно сказать в пользу одинаковой трактовки преднамеренного отказа от консумации брака и импотенции[2]; оба эти обстоятельства препятствуют наступлению физических последствий нормального брака, и преднамеренный отказ часто может прикрывать импотенцию[3]. Мы поэтому полагаем, что было бы правильно в английском международном частном праве трактовать препятствие, возникающее из преднамеренного отказа от консумации, на тех же основаниях, что и действительную «неспособность», и применять английскую норму, если каждая из сторон в момент заключения брака имела английский домицилий.

316. Случаи renvoi и исключение из применения иностранного права (публичный порядок и т. д.)

VI. Существенно иметь в виду, что все нормы права, применимые к условиям брака, подчинены общим принципам международного частного права, в частности:

1) Принципу renvoi (обратной отсылки)[4]. Если при решении

---

[1] Раздел 7, подраздел (I) (a).

[2] См. об этом Inverclyde v. Inverclyde (1931) P. 29, и выше, § 77.

[3] В шотландском деле G. v. G. (1924) A. C. 349, Палата лордов подчеркнула, что импотенция может происходить «от какого-либо телесного недостатка, или от истерии, или непреодолимого отвращения», и суды много раз допускали существование некоторого скрытого препятствия, «равняющегося неспособности, когда в действительности был упорный отказ от консумации брака». См., например, дело F. v. P. (1896) 75 L. T. 192. Ср. *Evers ey*, Domestic Relations, p. 24.

[4] См. выше, § 178 и след.

вопроса о подлежащем применению праве закон домицилия отсылает к праву английского суда или к праву третьей страны, то такая отсылка должна быть принята. Так, например, если сторонами являются британские подданные, домицилированные в Италии, или испанские граждане, домицилированные в Италии, их правоспособность на заключение брака (согласно английскому международному частному праву) регулируется, соответственно, английским или испанским правом.

2) Принципам исключения (из применения) иностранного права, которое нормально было бы применимо[1]. Иностранные препятствия к браку очень часто не будут приниматься во внимание английским регистратором браков или английским судом—ввиду того, что они являются «карательными», или потому, что они относятся к иностранному административному праву или основаны на неизвестном английскому праву статусе, или, наконец, потому, что они несовместимы с английским публичным порядком. Препятствия этого рода очень многочисленны. Основные примеры следующие:

317. Религиозные и расовые препятствия

а) Препятствия, вытекающие из религиозных оснований, большинство которых канонического происхождения; например, запрещение браков между христианами и нехристианами[2], или между римскими католиками и прочими христианами[3], или запреты, налагаемые на священников или монахов[4], или неправоспособность помолвленного лица заключить брак с третьим лицом[5].

б) Запрещения, основанные на различии рас или каст.

В 33 штатах Соединенных Штатов Америки браки между различными расами (межрасовые браки), главным образом, между белыми и неграми или мулатами, были запрещены; в некоторых штатах браки были запрещены также между белыми, с одной стороны, и индусами, монголами, малайцами, китайцами или японцами—с другой. В штате Луизиана запрещены также браки между неграми и индусами, а в штате Мериленд—между неграми и членами малайской расы. Межрасовый брак, противоречащий закону штата домицилия любой из сторон, рассматривается законом других американских штатов как

---

[1] См. выше, § 163.

[2] Impedimentum disparitatis cultus, которое по каноническому праву даже уничтожает брак; cod. iur. can. c.1070.

[3] Impedimentum mixtae religionis; cod. iur. can. c., 1060.

[4] Impedimenta ordinis and voti, cod. iur. can. c., 1072, 1073.

[5] Impedimentum sponsalium de futuro, особенно поддерживается ортодоксальной церковью.

недействительный[1]; по английскому праву такой брак—действителен. Различие каст, являющееся препятствием к браку в Индии, не было принято во внимание по делу Chetti v. Chetti[2].

318. *Препятствия карательного характера*

в) Выше уже упоминалось о брачных ограничениях, носящих карательный характер[3]. Эти ограничения в значительной своей части касаются права разведенных лиц вступать в новые браки. В тех случаях, когда они в одинаковой мере воздействуют на невиновного и виновного супруга, они не являются карательными, но нигде ни в одном суде они не делают брак недействительным или оспоримым, и отсрочивающие препятствия иностранного права не имеют значения, если брак заключен в Англии[4]. В тех же случаях, когда эти запрещения относятся только к виновной стороне или к виновной стороне в более строгой мере, чем к невиновному супругу,—они имеют карательный характер. Таковы постановления, запрещающие совершившему измену супругу вступать после развода в брак с соучастником измены[5].

319. *Административные ограничения*

г) Ограничения, установленные иностранным административным или другим публичным правом. Примерами таких ограничений являются постановления, требующие согласия военных властей или суверена[6]. Нам кажется сомнительным, должны ли препятствия, основанные на евгенических соображениях, также рассматриваться среди норм чисто территориального характера. Мы полагаем, что решение вопроса зависит от сферы действия иностранного препятствия: если какое-либо государство запрещает брак только в интересах своего собственного народа, то такая норма нигде не будет применима. Если же запрещение не ставит себе такой ограниченной национальной цели, ее применение вне своего государства может не встретить возражений [16].

320. *Отсутствие право- и дееспособности по закону места совершения документа*

3) Неправоспособность, известная закону места совершения документа, но не известная закону домицилия, будет

---

[1] Согласно Restatement, § 132 (c).
[2] (1909) Pp. 67 78.
[3] См. выше, § 163.
[4] См. выше, § 308.
[5] Такое запрещение действует в Германии, Бельгии, Нидерландах, Испании и в других странах.
[6] См. выше, § 307.

приниматься во внимание, если ее непризнание нарушило бы мораль, религию или публичный порядок. В Германии и Швеции брак между разведенным мужем и сестрой его жены разрешается; по английскому и французскому праву такой брак недействителен. Если домицилированный германский подданный и сестра его разведенной жены (германская подданная) хотят заключить брак в Англии, это им не будет разрешено, и если они несмотря на это, совершат в Англии брачный обряд, их брак, вероятно, будет рассматриваться как недействительный. Если бы они заключили брак в Германии, то нет никакого сомнения в том, что их брак был бы признан в Англии. Если, наконец, брак был бы заключен во Франции, то было бы трудно дать правильный ответ.

БИБЛИОГРАФИЯ

Lorenzen, Répert., VI. no. 263, 264. *E. Audinet*, Conflits de lois en matière de mariage et divorce, II Rec. (1926, I) 175. *Audinet*, J. Clunet, 1930, 319. *Travers*, Rev. Darras, 1910, 24, 362. *Kessler*, Rabel's Z., I, 858 (американское право). *Undén*, Internat. äktenskapsrätt (Швеция) 1922. О германском МЧП: *Enneccerus, Kipp und Wolf*, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, IV, § 39. О венгерском праве; *Hajnal*, J. Clunet, 1930, 891. О гаагской конвенции; *Kahn*, Abhandl. II, 37; *R. Rey*, Le mariage d'après la convention de la Haye, 1916.

ФОРМА БРАКА

321. *Норма locus regit actum неясна*

I. Форма брака регулируется правом того места, в котором брак заключается: *locus regit actum*. Этот принцип, считавшийся одной из наиболее твердо установившихся норм международного частного права, не свободен от некоторой неясности. Во многих странах выражаемое им положение означает, что для законного заключения брака достаточно, но не необходимо, соблюсти формы, предписанные законом места заключения брака; сторонам предоставлен выбор между этим законом (*lex loci*) и их личным законом. В других странах подчинение закону места совершения брака обязательно; там норма *locus regit actum* носит императивный характер.

Первый из приведенных взглядов преобладал в эпоху статутариев[1] и справедливо поддерживался многими из наиболее выдающихся теоретиков последнего столетия, в частности Савиньи и Баром[2]. Эта логичная концепция была ослаблена влиянием руководящих идей французской революции и в результате движения, направленного к отделению церкви от государ-

[1] См. *Bar.*, I. 353, note 44.
[2] *Savigny*, VIII, 358, 381; *Bar*, I, 353, 461.

ства. Во Франции, Бельгии и в других странах, провозгласивших гражданский брак как обязательную форму брака, стала проявляться тенденция к запрещению на их собственных территориях каких бы то ни было религиозных форм брака, даже в тех случаях, когда личный закон сторон предусматривал религиозную форму или требовал ее соблюдения. Техническим орудием такого запрещения была ссылка на публичный порядок. Таким образом, необязательный характер нормы *locus regit actum* был частично уничтожен. В каждой из указанных стран эта норма становится императивной в отношении браков, заключенных в пределах их территории: она осталась необязательной только в отношении браков, заключенных за границей. Это положение до сих пор еще остается действующим правом на континенте. Приведем для примера двух греческих подданных, верующих членов православной церкви, заключивших брак во Франции или Германии по религиозной форме, предписанной их личным законом, но не выполнивших гражданского обряда перед регистратором. Если такой брак заключен в Германии, германское право рассматривает его как несуществующий; по греческому праву этот брак действителен, а французское право, считаясь с греческим принципом личного закона сторон, также рассматривает брак как действительный. С другой стороны, если брак заключен во Франции, он с точки зрения французских судов является ничтожным, хотя по греческому и германскому праву он действителен[1]. Причина таких удивительных расхождений кроется в принципе, устанавливающем, что ни одна страна не может применять иностранные нормы п у б л и ч н о г о п о р я д к а, даже если они совпадают с ее собственными нормами.

322. Английский взгляд: норма—всегда императивна

Английское и американское право[2] избегают этого неудовлетворительного результата. Но они заменяют его решением, быть может, еще менее удовлетворительным. Они принимают принцип *locus regit actum* как императивный во всех случаях: «Брак, недействительный в месте своего заключения, недействителен всюду». Не делается никакого различия между случаем, когда брак заключен в Англии и когда он заключен где-нибудь за границей. Для обоснования этой нормы не прибегали к концепции публичного порядка. По очень старому опубликованному

---

[1] См. германский Вводный закон к гражданскому кодексу, ст. 13, § 3; ст. 11, § 1. Такая же норма действует в Швейцарии, Польше, Венгрии, Швеции, Японии и (хотя не подтвержденная законом) в Бельгии и многих других странах. Во французском (и испанском) колониальном праве этот принцип всюду необязателен; брак действителен, если он совершен по форме закона места его заключения либо по форме личного закона страны.

[2] Restatement, § 122.

в судебных отчетах делу Scrimshire v. Scrimshire[1] обстоятельства заключались в том, что двое британских подданных, домицилированных в Англии, заключили брак во Франции по английской форме. Этот брак был объявлен недействительным потому, что не была соблюдена форма, предписанная французским законом[2]. Эта норма была применена по многим позднейшим делам[3]. Она выводилась из того принципа, что если стороны избрали Францию как место заключения своего брака, то они тем самым подчиняют вопрос о действительности этого брака во всех отношениях,—как в отношении формы, так и по существу,— французскому праву. Правда, такое добровольное подчинение иностранному праву было фикцией. Но судья мог ссылаться на то, что отказ от применения принципа *locus regit actum* может привести к несообразному положению, при котором брак считался бы действительным в Англии и недействительным во Франции, и если бы муж должен был заключить второй брак во Франции, то этот брак был бы действителен по французскому праву и недействителен—по английскому, и дети от первого брака были бы законнорожденными в Англии и незаконнорожденными во Франции, а дети от второго брака, наоборот, незаконнорожденными в Англии и законнорожденными во Франции. Против этих соображений можно, конечно, возразить, что опасность так называемых «хромающих браков»[4] никоим образом не предотвращена, так как большинство континентальных стран не рассматривает принцип *locus regit actum* как императивный. Если бы, например, итальянский суд должен был разрешить вопрос о действительности брака, фигурирующего в приведенном выше деле Scrimshire, он признал бы этот брак действительным, как заключенный в соответствии с личным законом сторон[5], т. е. английским законом.

Наиболее серьезное возражение против императивного характера рассматриваемой нормы заключается в том, что она проявляет недостаточное внимание к супружеским парам, принадлежащим к римско-католической или к православной церкви. Обе церкви трактуют брак, заключенный между христианами без участия духовного лица, как недействительный.

---

[1] (1752) 2 Hag. Cons. 395, 408, 415, 417. Ср. Roach v. Garvan (1748) I Ves. Sen. 157.

[2] Континентальный суд в таком случае едва ли применил бы норму locus regit actum.

[3] Dalrymple v. Dalrymple (1811) 2 Hag. Cons. 54, 59. Warrender v. Warrender (1835) 2 Cl. and Fin. 488, 530. Berthiaume v. Dastous (1930) A. C. (P. C.) 79, 83.

[4] Matrimonia claudicantia: Endemann, Jur. W., 1914, 113.

[5] Германский (или польский) суд путем «отсылки» от английского права к французскому объявил бы брак недействительным.

как простое внебрачное сожительство. С их точки зрения, религиозный обряд является не просто формой, а относится к существу брака, к душе таинства. Канонический кодекс (*Codex iuris canonici*) с некоторым пренебрежением говорит о гражданских браках, как о «так называемых» гражданских браках (*matrimonium civile ut aiunt*)[1], и искренние приверженцы римской и восточной церкви должны рассматривать гражданский договор, заключенный перед гражданским регистратором, обычно на деловой манер, как неуважение к святому таинству. Эта точка зрения церкви стала государственным законом в Ватикане, на Мальте и в Греции. Все возражения, которые в области внутреннего материального гражданского права можно привести против обязательной гражданской формы брака, можно в международном частном праве выдвинуть против императивной нормы *lex loci celebrationis*. Легко, однако, понять, что страна, принявшая эту строгую норму в своем внутреннем материальном праве, склонна принять такую же строгую коллизионную норму. В то же время трудно объяснить, почему Англия, страна, которая в своем внутреннем праве воздерживается от принятия узкого франко-германского принципа и разрешает некоторое, хотя и ограниченное, количество религиозных форм, не занимает такой же либеральной позиции в области международного частного права. В этой области английское право по своей строгости даже превосходит франко-германскую норму. В то время как Франция и Германия признают браки, заключенные вне их территории по форме, предписанной личным законом сторон,—Англия настаивает на императивном характере нормы *locus regit actum* даже и в таких случаях. В Англии решающим является право места заключения брака, независимо от того, было ли это место избрано честно и добросовестно или же с целью обхода более строгих норм права домицилия. Это положение было твердо установлено в решениях по так называемым Gretna Green cases[1]. [10]

323. Место заключения брака

II. Что следует считать местом заключения брака? Обычно не возникает сомнения относительно места заключения брака. Стоит, однако, упомянуть о некоторых исключительных случаях.

1) Некоторые правовые системы разрешают браки через представителя, и, как мы уже видели, это оказалось целесообразным, особенно в военное время, когда жених находится на действительной службе в отдаленной стране. В этих

[1] Cod. iur. can. s. 188, № 5; s. 646, § 1, № 3; s. 2356.
[2] См. выше, § 137.

случаях достаточно и необходимо, чтобы доверенный представитель сделал свое заявление в таком месте, где заключение браков по доверенности допускается. Место, в котором основная сторона назначила своего доверенного представителя, не имеет значения, так как такое назначение, хотя и составляет условие действительности брака, но не является действием, создающим этот брак.

2) Браки, совершаемые на основании общего права простым согласием, могут заключаться посредством переписки; договор считается совершенным, когда послано согласие на принятие сделанного предложения о браке. Можно ли из этого заключить, что этого достаточно в том случае, если закон того места, где это согласие было отослано, разрешает заключение браков путем переписки? Конечно, нет. Брачный контракт требует двух законно сделанных заявлений; поэтому необходимо, чтобы браки путем переписки допускались также и законом того места, где сторона, «делающая предложение», находится в момент отправки своего предложения.

3) Шотландское право признает браки «по обычаю и общему мнению» (by habit and repute). Так как такой брак не создается каким-либо одним действием, а целым рядом обстоятельств, имеющих место в течение длительного периода, одно из требований действительности брака неизбежно должно заключаться в том, что обе стороны должны иметь свое обычное местопребывание, свою «общность жизни» в Шотландии[1] и что они должны там рассматриваться своими соседями и друзьями как муж и жена.

4) Иное положение создается в случае, подобном описываемому ниже делу, разрешенному Нью-Йоркским судом[2].

Стороны оформили свой брак в Онтарио в виде так называемого «обрядного еврейского брака», т. е. без присутствия раввина или члена городского магистрата. Согласно закону штата Онтарио, такой брак становится действительным, если после его заключения последует совместное жительство супругов в течение трех лет. Супружеская чета жила совместно три года, но оставалось под сомнением, провели ли они весь этот период в Онтарио или часть времени находились в Нью-Йорке. Суд рассматривал это сомнение как не имеющее значения и признал брак действительным. Такое решение нам представляется обоснованным, так как обряд,

---

[1] По делу Green (1909) 25 T. L. R. 22, судья Суинфен Иди сказал, что иностранный брак, заключенный «по общему мнению», должен в Англии рассматриваться как действительный, если он считается действительным по закону «домицилия» супругов. Правильность такого взгляда находится под сомнением во всех отношениях.

[2] Приводится у *Beale*, II. 672, note 1.

допускаемый законом Онтарио, создал действительный брак под условием совместного проживания супругов в течение определенного периода; место исполнения условия в данном случае так же несущественно, как и в торговом договоре, заключенном под условием[1].

324. *Форма и материальные условия брака*

111. Какие правовые нормы, относящиеся к заключению брака, касаются формы в противоположность «существу»? На этот вопрос должна дать ответ коллизионная норма, но ни в одной стране нет ни одной коллизионной нормы, которая относилась бы к этому вопросу. Так как, согласно английской коллизионной норме, форма брака подчиняется праву места его заключения, то, вероятно, это же право регулирует и все вопросы, относящиеся к форме. Различные системы внутреннего материального права резко отличаются друг от друга в этом отношении. Английское право, например, рассматривает согласие третьих сторон (родителей, опекунов) как вопросы формы, между тем как континентальные системы рассматривают это согласие как материальное условие действительности брака[2]; Германское право к нормам, относящимся к форме, относит также постановления о том, что согласие сторон на заключение брака должно быть безусловным и не может быть ограничено определенным периодом, а также о том, что о таком согласии не может быть заявлено через доверенного представителя[3]; между тем канонический кодекс 1917 г. более правильно рассматривает вопросы, касающиеся условных браков и браков, заключенных через доверенного (*per procuratorem*), в главе V, трактующей о согласии на заключение брака (*de consensu matrimoniali*), а не в главе IV, в которой говорится о форме заключения брака (*de forma celebrationis matrimonii*)[4].

---

[1] То же будет правильно и в отношении одного аналогичного германского постановления. По германскому закону брак, формально недействительный, но должным образом зарегистрированный, становится действительным после беспрерывного совместного жительства супругов в течение предписанного периода (Гражд. код., § 1324; германо-австрийский закон о браке от 6 июля 1939 г., § 21). Эта норма применяется, если дефектный брак был заключен в Германии (или Австрии), независимо от того, в каком месте происходило последующее совместное жительство супругов.

[2] См. об этом выше, §§ 148, 306.

[3] Германский гражданский кодекс, § 1324 ясно говорит о «форме, требуемой § 1317», а § 1317 содержит запрещение условного или ограниченного согласия и заявления через доверенное лицо. См. также § 1699, § 2.

[4] Codex. iur. can., c. 1092, № 3, 1088 et seq.

С точки зрения английского международного частного права, четкое различие между формой и материальными условиями не существенно, так как (как мы уже видели) действительность брака определяется правом места его заключения во всех отношениях, за исключением вопроса о право- и дееспособности сторон.

325. *Исключения*

IV. Однако в некоторых исключительных случаях английское право признает действительным брак, который не был заключен в соответствии с *lex loci celebrationis*. Некоторые из этих исключений предусмотрены нормами общего права, другие статутами, а именно, Законом об иностранных браках (Foreign Marriage Act) 1892 г.[1]

326. *Общее право* (*common law*)

1. Нормы общего права охватывают следующие случаи:

а) Браки между двумя британскими подданными могут заключаться вне британских доминионов на территории британского посольства по форме, предписываемой английским правом; и, вообще, всякий брак между двумя подданными одного и того же государства[2] действителен, если он заключен по форме, признаваемой действительной этим государством, на территории его посольства в Англии или в каком-либо третьем государстве. Эта норма первоначально исходила из той концепции, что помещение посла должно рассматриваться как часть той территории, которую он представляет. Хотя современные теоретики считают такой взгляд фикцией, однако основанная на нем норма остается в силе.

б) Браки, заключенные на борту судна, формально действительны, если они совершены по форме, предписываемой правом той страны, которой судно принадлежит. Если это судно британское, то, следовательно, на нем может быть заключен брак по общему праву[3]. Но такой брак должен, однако, быть заключен, пока судно находится в открытом море; только на военном корабле брак может быть заключен в иностранном порту. Положение нисколько не меняется от того, будут ли стороны в браке британскими подданными или нет, или имеют ли они одно и то же гражданство; их домицилий также не имеет зна-

---

[1] 55 and 56 Vict., c. 23.

[2] Согласно общему праву, недостаточно, чтобы одна из сторон состояла в подданстве этого государства. См. Pertreis v. Tondear (1790) I Hag. Cons. 136, 138. Иначе Foreign Marriage Act, 1892, s. I.

[3] По вопросу о том, какая из действующих в Британской империи правовых систем применяется, если британские подданные заключают брак на борту судна, см. выше, § 128.

чения. Равным образом не порождает никаких последствий и то обстоятельство, признает ли действительность такого брака закон их домицилия или их гражданства или того порта, в котором в то время находился военный корабль.

в) В некоторых восточных странах, в силу существующей общепринятой практики, применяемой с прямо выраженного или подразумеваемого согласия правительства соответствующей страны, иностранцам разрешается заключать браки в соответствии с правом страны их гражданства, при условии, что эти браки совершаются на территории их торгового (или промышленного) сеттльмента. [1] Действительность таких браков признается в Англии[1]. Хотя это правило значительно старше доктрины renvoi, оно в настоящее время может рассматриваться как простой случай применения этой доктрины. Когда английское право объявляет решающим закон места заключения брака, то это положение включает в себя обратную отсылку от этого права к национальному праву сторон.

г) Норма *locus regit actum* неприменима там, где не существует никакой местной формы, например, на незанятой части земного шара (экспедиция на северный полюс), или там, где местная форма создает непреодолимые трудности юридического или морального характера, как это, например, имеет место в стране, заселенной дикарями, или там, где единственная доступная местная форма есть форма религиозная, а стороны придерживаются другой религии или не придерживаются никакой религии вообще[2]. Если в таких случаях стороны, или, по крайней мере, одна из них, являются британскими подданными, брак может быть законно заключен по форме, предписанной общим правом. В задачу настоящей книги не входит исследование формы, требуемой по английскому общему праву. Согласно известному решению по делу Reg. v. Millis[3], в котором обсуждается брак, заключенный в Ирландии,—для брака по общему праву требуется участие посвященного в духовный сан лица; но это решение имеет сомнительную ценность, и во всяком случае не связывает судью в тех случаях, когда брак был заключен не в Ирландии, а в стране, где применение местной формы невозможно: нам кажется, что в таких случаях достаточно простого

---

[1] См. Dicey, 740.

[2] Ruding v. Smith (1821) 2 Hag. Cons. 371, 385. Kent v. Burgess (1840) 11. Sim. 361, 376. Catterall v. Catterall (1847) I Rob. Ecc., 580. Lightbody v. West (1902) 87 L. T. 138. Ср. также Lord Cloncurry's Case (1811), цитируемое в Sussex Peerage Case, II Cl. and Fin. 92; См. *Cruise*, On Dignities (1823), p. 276 § 85.

[3] (1844) 10 Cl. and Fin. 534—907. См. об этом лорд Кэмпбелл по делу Beamish v. Beamish (1861) 9 H. L. C. 274; 337.

согласия сторон стать мужем и женой[1]. Если же стороны в браке—не британские подданные и если они, ввиду отсутствия доступной для них местной формы, заключили брак путем простого согласия, то, вероятно, от их личного закона будет зависеть, должен ли такой брак рассматриваться английским судом как действительный.

327. Закон об иностранных браках

2. Закон об иностранных браках (Foreign Marriage Act) 1892 г.[2] принимает принципы, сходные с принципами, разработанными во многих континентальных законодательных актах. Этот закон регулирует три категории браков:

а) Браки, заключенные перед британским послом, консулом, губернатором, верховным комиссаром, дипломатическим агентом, консульским или иным должностным лицом—в их соответствующей официальной резиденции в иностранном государстве. Такие браки, обычно называемые «дипломатическими и консульскими браками», имеют такую же действительную силу, как если бы они были совершены в Соединенном Королевстве «с должным соблюдением всех форм, требуемых законом»[3]. Формальности, которые необходимо выполнить перед послом, консулом или другим чиновником, оформляющим брак, установлены в самом законе[4], и они заменяют те нормы, которые следовало бы применить, если бы брак был заключен в Англии. На вопросы, относящиеся к действительности брака по существу, ответы даются таким же образом, как если бы местом заключения брака была Англия: вопросы право-и дееспособности определяются домицилием, все остальные вопросы существа—английским правом[4]. Посол, консул или другое должностное лицо имеет право оформлять браки только в том случае, если одна из сторон состоит в британском подданстве. Если после совершения обряда будет установлено, что ни одна из сторон не является британским подданным, брак считается недействительным и остается недействительным, даже если обе стороны приобретают британское гражданство. Закон не требует, чтобы обе стороны были британскими гражданами. Английское право, таким образом, повидимому, принимает то опасное решение вопроса, которое дано многими континентальными правовыми системами. Опасность заключается в позиции, которую может занять то государство, в котором брак был заключен, либо

---

[1] Catterall v. Catterall (1847) I Rob. Eccl. 580.
[2] 55 and 56 Vict., c. 23.
[3] Ст. I Закона.
[4] Ст.ст. 12—16 Закона и Foreign Marriage Order in Council, 1913 S. R. O. 1270, дополненный в 1925 г. (S. R. O., № 92).
[5] См выше, § § 304, 309.

государство, гражданином которого является другой супруг: одно или каждое из этих государств может отказаться признать этот брак, и он, следовательно, станет «хромающим»[1]. Английское право, однако, до известной степени избегает этой опасности, во-первых, посредством общих Правил о браке, издаваемых в виде «указов в Совете», и, во-вторых, применяя норму, по которой должностное лицо, оформляющее брак, не должно разрешать заключение брака в его присутствии, если такой брак, по его мнению, «несовместим с международным правом или международной вежливостью»[2].

б) Брак, надлежащим образом оформленный на борту одного из кораблей его величества в иностранной гавани командующим офицером этого корабля или в его присутствии, считается действительным, если одна из сторон состоит в британском подданстве. Эта норма не затрагивает нормы общего права, которая упоминалась нами выше [§ 351, 1, (в)]. Она, конечно, сохраняет свое значение, во-первых, в отношении браков, заключаемых на борту британского торгового судна или иностранного судна; во-вторых, в тех случаях, когда брак заключен на борту корабля королевских морских сил, но не «в иностранной гавани», а в открытом море; и, вероятно, в-третьих, в тех случаях, когда британская чета заключает брак на корабле королевских морских сил по форме, требуемой английским общим правом, т. е. путем простого согласия или в присутствии посвященного в духовный сан лица[3].

в) Брак военнослужащего, находящегося в рядах британской армии, может быть оформлен «любым капелланом или офицером, или другим лицом, исполняющим свои обязанности по приказу командующего офицера британской армии, несущей службу за границей»[4]. Не требуется никакой особой формы. Эта норма применяется не только в отношении браков британских подданных, но также и к бракам между иностранцами.

БИБЛИОГРАФИЯ

См. стр. 368.

---

[1] Ср., например, дело Hay v. Northcote (1900) 2 Ch. 262: брак, заключенный во Франции перед британским консулом, не действителен во Франции, но действителен в Англии. См. также Este v. Smyth (1854) 18 Beav. 112, 121.

[2] Раздел 21, подраздел (I) (а) рассматриваемого Закона.

[3] Такой вывод следует из ст. 23 рассматриваемого Закона, согласно которой Закон не оказывает влияния на действительность браков, оформленных «в Заморских владениях» иначе, чем это предусмотрено самим этим Законом.

[4] Ст. 22 Закона. Ср. R. v. The Inhabitants of Brampton (1808) 10 East. 282, and The Waldergrave Peerage Case (1837) 4 Cl. and Fin. 649. 656.

ПОСЛЕДСТВИЯ НАРУШЕНИЯ, ДОПУЩЕННОГО ПРИ СОВЕРШЕНИИ БРАКА

328. Принцип и примеры

I. Последствия нарушений, допущенных при совершении брака, определяются той правовой системой, нарушение которой было допущено. Так как право- и дееспособность определяется правом домицилия, то закон домицилия решает, является ли брак, заключенный несмотря на отсутствие правоспособности, недействительным, оспоримым или несуществующим. Поскольку право места совершения брака регулирует форму брака и его действительность со стороны материальных условий, за исключением вопросов право- и дееспособности,— то это право также разрешает и вопросы о последствиях несоблюдения предписываемых им норм.

В тех случаях, когда имеет место нарушение нескольких правовых систем, само собой понятно, что по английскому праву брак будет считаться недействительным, если только одна из этих систем признает такой брак недействительным. Брак будет действителен только в тех случаях, если, согласно всем относящимся к данному случаю правовым системам, нарушенная норма создает лишь отсрочивающее препятствие. Иногда бывает так, что какое-либо препятствие, которое, с точки зрения всех правовых систем, уничтожает действительность брака, по одной правовой системе может быть устранено, а согласно другим системам—этого сделать нельзя. В таком случае брак все же будет рассматриваться как недействительный, хотя устранение дефекта было осуществлено.

Примеры:

а) Домицилированный француз женится в Германии на своей племяннице—домицилированной швейцарке. По германскому внутреннему праву этот брак действителен, по швейцарскому и французскому праву он недействителен; но французское право допускает такой брак с особого разрешения, швейцарское право этого не допускает. Этот брак неисправимо недействителен во Франции, так же как и в Швейцарии, и таким же он считается в Германии и в Англии.

б) Бигамический брак недействителен с точки зрения всех относящихся к казусу правовых систем, но по шведскому внутреннему праву такой брак становится действительным после смерти первого супруга второй стороны, участвовавшей в браке. Эта норма не может быть применена, если только один из супругов в полигамическом браке является домицилированным шведом, а другой—англичанином.

329. «Хромающие браки»

II. К сожалению, нередко бывает так, что нарушение правовой системы одной страны не принимается во внимание в другой стране вследствие расхождения в коллизионных нормах этих стран, либо вследствие непризнания иностранного приказа о разводе или недействительности брака, либо исходя из того принципа, что суд не применяет иностранного права, несовместимого с публичным порядком, господствующим в стране, где находится суд. В результате получаются так называемые хромающие браки[1], т. е. браки, действительные в одной стране и недействительные в другой. Иллюстрации:

а) Брак между двумя домицилированными греками, заключенный в Лондоне перед греческим священником, действителен в Греции, Германии и Франции и недействителен в Англии.

б) Брак между теми же лицами, заключенный в Лондоне у регистратора,—действителен в Англии, Германии и Франции и недействителен в Греции.

в) Заключенный в Англии, брак между домицилированным немцем, разведенным с первой женой в связи с его изменой, и соучастницей этой измены действителен в Англии, но недействителен в Германии (если не было получено особого разрешения).

г) Брак австрийского священника или монаха, заключенный в Англии до августа 1938 г., действителен в Англии, Германии и Франции, но недействителен в Австрии.

д) Брак между двумя итальянскими гражданами, домицилированными в Англии и там разведенными, перестал быть браком в Англии, но остается действительным браком в Италии.

Существование таких хромающих браков приводит к курьезному положению, при котором одно лицо оказывается в «моногамических» браках с несколькими супругами. Если недействительность его брака с Анной была объявлена в Германии, но приказ о недействительности не признается в Англии, он может жениться на Берте в Германии; при этих условиях он женат на Анне, когда находится в Англии, и женат на Берте, когда находится в Германии. Обе они—его жены и обе—его наложницы.

330. Последствия недействительных браков

III. Юридические последствия недействительного брака не везде одинаковы. Германское право,

---

[1] См. выше, стр. 370, прим. 4.

например, в случае недействительного брака предоставляет жене право на получение содержания от своего мужа при условии, если он знал, а она не знала о недействительности брака. Французское право предоставляет жене такое же право, но только в том случае, если обе стороны, заключая брак, действовали добросовестно. В то же время швейцарское право не придает обратного действия решению о недействительности брака, оно почти во всех отношениях уничтожает брак только с данного момента (*ex nunc*), как это имеет место при разводе[1]. Согласно большинству других правовых систем, решение о недействительности аннулирует все последствия брака с более раннего момента (*ex tunc*). Какое право определяет юридические последствия недействительного брака? Ответ гласит: то право, которое аннулирует брак. Когда брак недействителен вследствие нарушения нескольких правовых систем, то это, очевидно, может повлечь за собой лишь те последствия, которые являются общими для всех этих систем. Если англичанин женится на своей швейцарской племяннице, то швейцарская норма, в силу которой брак должен считаться действительным в течение периода между датой его заключения и датой вынесения решения о его недействительности, в английском суде неприменима.

Остаются под сомнением следующие вопросы:

а) Имеет ли право той страны, в которой было вынесено решение о недействительности брака, какое-либо существенное значение при определении последствий недействительного брака? Английский суд объявляет недействительным брак, заключенный в Швейцарии между двумя домицилированными швейцарскими гражданами, ввиду допущенного нарушения швейцарского права. Становится ли в связи с этим брак недействительным с самого своего возникновения (*ab initio*) в соответствии с английским правом, или же брак недействителен только с данного момента (*ex nunc*), как это предусмотрено швейцарским правом? Мы полагаем, что правильно первое из этих двух решений, так как английский приказ о недействительности брака едва ли может иметь в виду положение, неизвестное английскому праву.

б) Какое право является решающим, если после заключения дефектного брака супруги переменили свой домицилий (или гражданство)? Нам казалось бы правильным не принимать во внимание такую перемену.

Брак между дядей—швейцарцем и его племянницей—швейцаркой не должен стать действительным в силу того обстоя-

[1] Швейцарский гражданский кодекс, ст. 132 и след.

тельства, что оба супруга приобрели германское гражданство и домицилий, хотя по германскому праву они могли бы заключить действительный брак. Или: двое американцев, заключившие на английской территории брак путем простого согласия и возвратившиеся затем в Нью-Джерси, не считаются вступившими в брак[1]. Они могут заключить друг с другом брак по общему праву в Нью-Джерси, и если они продолжают жить вместе как муж с женой, то это может создать подразумеваемое заявление о согласии вступить в брак. См. выше, § 314.

в) Вопрос о том, считается ли ребенок, рожденный в недействительном браке, законнорожденным, и при каких условиях можно его считать таковым, в основном касается не последствий недействительного брака, но «законнорожденности», т. е. правоотношений между родителями и детьми. Ответ на этот вопрос, следовательно, зависит от права домицилия отца. Если отец переменил свой домицилий в период между признанием брака недействительным и рождением ребенка (скажем, переехал из Англии в Шотландию), то закон нового домицилия должен решить вопрос о том, может ли ребенок, рожденный в недействительном браке, считаться законнорожденным[2].

г) Такие же затруднения возникают, когда договорные отношения с третьими лицами зависят от действительности брака. По многим правовым системам муж при определенных обстоятельствах может распоряжаться имуществом, принадлежащим его жене или обоим супругам. Если брак оказывается недействительным, то некоторые правовые системы, например, германское право, предусматривают, что это обстоятельство не может влиять на права добросовестного покупателя, не получившего уведомления о недействительности брака[3]. Применима ли эта норма, имеющая в виду защиту торговых сношений, только в тех случаях, когда недействительность брака основана на нарушении германского права, и всегда ли эта норма применяется в таких случаях? Конечно, нет. Вопрос о том, может ли продавец имущества, которым он не в праве распоряжаться, продать это имущество добросовестному покупателю, зависит от права, регулирующего отчуждение имущества, или от закона местонахождения имущества. Этот вопрос не относится к праву, регулирующему недействительность брака продавца.

---

[1] Английское право не допускает брака путем простого согласия, между тем как право Нью-Джерси допускает такие браки.

[2] Дети, рожденные в «мнимых» (putative) браках, в Шотландии считаются законнорожденными, в Англии—нет. См. ниже, § 362.

[3] Германский гражданский кодекс, § 1344.

IV. ПОСЛЕДСТВИЯ БРАКА

Влияние брака на личные отношения между мужем и женой

331. Решающим является lex fori

Личные отношения между мужем и женой редко подвергаются судебному рассмотрению, и когда возникающие из этих отношений вопросы встают перед судом, то везде появляется вполне естественная тенденция применять право места судебного разбирательства. Если по личному закону супругов муж вправе бить свою жену, то ни один английский, французский или американский суд не допустит применения этой нормы, или если французская норма разрешает мужу контролировать корреспонденцию своей жены, а она не располагает таким правом по отношению к его корреспонденции[1], то трудно будет найти в какой-либо цивилизованной стране, вне Франции, суд, готовый признать столь несправедливую норму.

Степень, в какой правовая система какой-либо страны признает обязанность одного из супругов содержать другого, будет рассматриваться судами этой страны с точки зрения минимального размера алиментов, и, таким образом, иностранная норма, устанавливающая алименты в меньших размерах, будет исключена из применения[2]. Короче, большинство норм, регулирующих супружеские отношения, являются, по континентальному выражению, нормами о публичном порядке.

332. Lex domicilii

Но это положение не распространяется на все нормы этого рода.

Примеры. Какое влияние оказывает брак на имя женщины?[3] Обязана ли она пользоваться именем мужа, имеет ли она право соединить его имя со своим собственным именем? Уменьшает

---

[1] *Planiol et Ripert*, Traité prat., II., no. 374, 381 et seq.

[2] *Niboyet*, Manuel, no. 628, no. 3.

[3] Спорным остается вопрос о том, касается ли это, в первую очередь, «личных последствий брака» или субъектных прав жены (см. выше, § 274); Frankenstein, III 230. Английское право в обоих случаях дает один и тот же ответ: решающим является право домициля жены, совпадающее с домицилием мужа.

ли брак ее правоспособность на заключение договоров, предъявление судебных исков, ведение торговли, на занятие какой-либо профессией?[1] Являются ли дарения между мужем и женой действительными, как это предусмотрено по английскому и германскому праву, или же они недействительны, как это устанавливается римским или римско-голландским правом? Разрешается ли мужу вступать в деловое товарищество с его женой или продавать ей товары (по французскому законодательству такие договоры недействительны)?

Ответ на все эти и аналогичные им вопросы должен быть дан на основании личного закона супругов, а если они в течение брачной жизни этот закон переменили, то на основании их последнего личного закона. Эта норма легко применима в Англии, Шотландии, Южной Африке и во всех других странах, где личным законом является закон домицилия и где жена в силу закона разделяет домицилий мужа; но дело обстоит иначе в странах, где личный закон определяется гражданством, поскольку супруги могут иметь разное гражданство. В этом случае,—который становится существенным в английском праве при применении обратной отсылки,—правильный ответ в большинстве стран будет, повидимому, заключаться в том, что случай подчиняется национальному праву, общему для обоих супругов; если же они имеют разное гражданство, тогда они подчиняются тому национальному праву, которое было общим для них до того, как одна из сторон переменила свое гражданство.

Если супруги никогда не имели общего гражданства, например, когда француженка вступает в брак с гражданином Соединенных Штатов,—то могут быть предложены три решения: 1) решающим будет национальный закон мужа; 2) брак окажет лишь то действие, которое является общим для национальных законов обоих супругов; 3) брак налагает на каждого из супругов обязанности—и лишь такие обязанности, какие установлены его или ее национальным законом[2].

Ни одно из этих решений не является вполне удовлетворительным, и когда составлялась Гаагская конвенция 1905 г. о действии брака, то договаривающиеся державы не достигли согласия по этому вопросу, и он, таким образом, был оставлен без ответа. Третье решение должно быть от-

---

[1] Здесь также квалификация («персональное действие брака» или «право- и дееспособность»?) находится под большим сомнением. По английским коллизионным нормам ответ один и тот же при любом решении.

[2] Так, например, *Frankenstein*, III, 241.

вергнуто с самого начала—оно создает неравенство, трудно совместимое с природой брака. Второй ответ, возможно, и мог бы быть принят, если бы один разум решал эти вопросы, но дело обстоит не так. Преобладающее мнение складывается в пользу национального закона мужа. Оно опирается, главным образом, на исторические традиции и священное писание (*vir caput mulieris*). Как бы ни была шатка эта опора—результат необязательно будет неблагоприятным для жены, так как национальный закон мужа может иногда оказаться для нее более благоприятным, чем ее собственный национальный закон.

333. *Правомочия жены в домашних делах*

Норма, по которой личные отношения между мужем и женой определяются законом их домицилия, ни в коем случае не предполагает, что их отношения с третьей стороной также должны определяться законом домицилия. Согласно большинству правовых систем, брак дает жене полномочия действовать от имени ее мужа или от имени обоих супругов во всех домашних делах. В различных правовых системах это право жены различается по своему основанию, объему и во многих деталях, например,—в том, каким путем муж может отозвать эти полномочия. Какому праву подчиняются эти вопросы?

а) Вопрос о праве жены «использовать кредит» своего мужа касается только внутренних отношений между супругами. См. об этом § 332.

б) Вопрос о полномочиях жены в отношении третьей стороны на заключение законного договора, обязывающего ее мужа, касается отношений между мужем и третьей стороной и, следовательно, будет регулироваться правом того места, где осуществляются полномочия жены, если таковые ей вообще предоставлены. Если, например, супружеская чета постоянно пребывает в Германии, где закон дает жене довольно широкие права заключать договоры от имени ее мужа[1] и брать взаймы деньги на покрытие хозяйственных долгов, то договор, заключенный в Германии в пределах этих полномочий, действителен, хотя он и может рассматриваться как заключенный с превышением полномочий (*ultra vires*) с точки зрения права их, скажем, голландского, домицилия. Защита торговых отношений требует такого решения, так же, как в случае заключения торгового договора лицом, неправоспособным по личному закону, но правоспособным по *lex loci cotnractus*.

[1] Германский верховный суд. Off. Coll., 61, 81.

Системы супружеского имущества (брачный режим)

Обзор различных систем

334. Обзор

Правовые системы, регулирующие имущество супругов, так многочисленны и разнообразны, что в общем их обзоре можно остановиться лишь на основных типах, опуская отклонения от них, равно как и всевозможные смешанные системы. Так как по английскому внутреннему праву (начиная с 1883 г.) брак не влечет за собой никаких изменений в имуществе сторон, то понятно, что английские юристы, сталкиваясь с иностранными системами супружеского имущества в сфере международного частного права, должны оказаться в затруднительном положении. Основные типы систем супружеского имущества (брачного режима) таковы:

1. Система coverture (положение замужней женщины) английского общего права, действовавшая до реформы 1882 г. Имущество женщины, кроме определенных исключений в отношении недвижимости, переходит к мужу. Он приобретает также право собственности на то имущество, которое накапливается у жены в течение брака.

2. Современная английская система раздельного имущества (separation of goods), заимствованная на континенте, где она действовала и еще теперь действует в Австрии, Венгрии и Италии, и принятая почти во всех странах Британского общества наций, применяющих общее право, в большинстве штатов Соединенных Штатов Америки, в Шотландии и на острове Мальта. Каждый из супругов остается собственником своего имущества, сохраняя право управлять и располагать им, как если бы он или она не состояли в браке. Это положение изменяется только при наличии определенных обязательств, например, при наличии обязанности мужа содержать жену и нести расходы по хозяйству и обязанности женщины разделить с ним это бремя. И муж и жена—оба они несут ответственность, каждый за свои долги, но ни один из них не отвечает за долги другого.

3. Режим управления со стороны мужа (marital administration), действующий в Германии, Швейцарии, Польше и Японии. Здесь также имущество каждаго из супругов остается его или ее собственностью; муж продолжает управлять своим имуществом, как если бы он не был женат. Но право жены управлять своим имуществом переходит к ее мужу[1], и это

[1] Не считая привилегированного имущества, как, например, имущества, приобретенного женой ее собственным трудом или посредством какой-либо торговли, которую она ведет независимо от своего мужа.

положение распространяется даже и на имущество, которое жена приобретает в течение брака. Муж также имеет право на узуфрукт из доходов от имущества своей жены. Эти права мужа на управление и пользование являются правом на чужое имущество (*iura in patrimonia alieno*) и обременяют не отдельные предметы, но все имущество в целом.

4. Система общности всего имущества (community of all goods), действующая в Нидерландах, Южной Африке (по римско-голландскому праву), на острове Мэн, в Португалии, в Бразилии и, в весьма своеобразной форме, в Скандинавских странах. Все имущество, принадлежавшее мужу или жене к моменту заключения брака или приобретенное позже любым из супругов, становится общим имуществом обоих[1]. Супруги становятся общими собственниками всего имущества без всякого акта передачи прав, каковы, например, передаточная запись (conveyance), регистрация или цессия (assignment), — но просто в силу самого факта заключения брака, *uno actu*. Такое приобретение имущества сходно с универсальным правопреемством вследствие смерти. «Чета» наследует мужу, «чета» наследует жене. В международном частном праве существенно иметь в виду, что жена наделяется правом собственности на имущество мужа с самого момента заключения брака[2], а в отношении имущества, приобретенного позже,—начиная с момента его приобретения. Хотя оба супруга являются собственниками общего имущества, или, как французские юристы называют это, communauté, управление этим имуществом принадлежит исключительно мужу[3]: за определенными исключениями, он, а не его жена, вправе им распоряжаться.

5. «Общность благоприобретенного имущества» (community of acquests) или доходов предусматривается в правовых системах Испании, в большинстве латиноамериканских стран и в восьми штатах Соединенных Штатов Америки[4]. Все, приобретенное в браке трудом или торговлей мужа или жены или от

---

[1] Опять-таки, кроме привилегированного имущества (которое может быть создано договором или завещанием). Но заработки жены в результате ее собственного труда или торговли, как правило, не относятся к ее привилегированному имуществу.

[2] Разница между таким «реальным правом собственности» и простой «надеждой на определенное распределение по смерти мужа» была очень ясно подчеркнута лордом Халсбери в деле De Nicols v. Curlier (1900) A. C., p. 27.

[3] Некоторые юристы неправильно выводили из этого, что муж, будучи единственным распорядителем общего имущества, является в действительности его единственным собственником. Этот ошибочный взгляд был принят лордом Эльдоном в деле Lashley v. Hog, 4. Paton p. 617.

[4] Не только в Техасе, Новой Мексике, Аризоне, Луизиане и Калифорнии, но даже в Айдахо, Неваде и Вашингтоне.

пользования ее или его имуществом, присоединяется к их общему имуществу и с этого момента принадлежит совместно обоим супругам. Это относится как к недвижимому, так и к движимому имуществу.

6. Общность движимого и благоприобретенного имущества (community of movables and acquests) установлена правовыми системами Франции, Бельгии, Люксембурга и Нижней Канады (Квебек)[1]. Эта система включает всякое имущество, принадлежащее каждой из сторон, за исключением недвижимого имущества, которое не было приобретено в браке,—такого, как доход или прибыль.

Право, подлежащее применению при отсутствии брачного контракта

335. Коллизионные нормы, установленные законом или соглашением

Какой закон определяет правовую систему, подлежащую применению к режиму супружеской собственности данной четы?

I. В большинстве стран существует определенная коллизионная норма, установленная законодательством или обычным правом, например, германская норма, по которой решающим является национальный закон мужа в момент заключения брака. Стороны в браке имеют право выбирать подлежащий применению закон только в пределах, установленных внутренним материальным правом, на которое указывает эта коллизионная норма. Германские супруги, например, не могут подчинить свой супружеский режим датскому праву, если Дания не является местом их обычного иностранного местопребывания. Однако факта нахождения в Дании большей части их имущества недостаточно. Коллизионные нормы Англии и Франции отличаются от этой нормы. Французское право не устанавливает никаких определенных коллизионных норм, которые действовали бы независимо от желания сторон, но оставляет решение вопроса о выборе права целиком за ними; если же стороны не избрали никакого права, этот вопрос решается исходя из их предполагаемого намерения. Это дает французскому суду право в зависимости от обстоятельств применять право места постоянного пребывания супругов, или национальный закон, или любой другой закон, с которым рассматриваемый случай будет тесно связан[2]. По английскому праву стороны также свободны в определении применимого права в тех общих пределах, в которых договаривающиеся стороны

---

[1] Это называется communauté légale.

[2] *Planiol* et *Ripert*, Traité prat., VIII s. 9; *Niboyet*, Manuel, no 715.

пользуются правом выбирать свое право[1]. Но английские прецеденты, в противоположность французскому праву, установили коллизионную норму, которая действует, если стороны не избрали никакого права или если они расходятся в отношении выбора применимого права.

336. Система единого режима или различного режима для движимости и недвижимости?

II. В тех случаях, когда стороны не выбрали права, подлежащего применению, английская коллизионная норма проводит различие между движимостью и недвижимостью[2]. Права мужа и жены в отношении движимого имущества определяются законом домицилия, а в отношении недвижимого имущества—законом местонахождения недвижимости. Эта система различных режимов, которая действует также в Соединенных Штатах и в Аргентине и которой придерживались во Франции, Италии и Австрии, иногда приводит к техническим затруднениям, особенно в отношении кредиторов сторон и в отношении раздела супружеского имущества между супругами или их наследниками после расторжения брака. Но эти трудности преодолимы[3], и разумно принять в качестве основания, что право каждой страны должно решать, какие вещные права (*iura in rem*) могут быть созданы и были созданы в отношении какого-либо земельного участка, расположенного в этой стране. Тем не менее, большинство стран отказалось от «системы различных режимов» главным образом потому, что она основывается на феодальных концепциях, а феодализм умер (или должен считаться умершим). Эти страны разработали «систему единого режима», по которой личный закон регулирует движимое, равно как и недвижимое имущество, и которая в большей мере соответствует основанной на римском праве концепции правопреемства вследствие смерти. Некоторые из современных систем, например, германское право, сделали, однако, существенную уступку системе различных режимов. Если часть супружеской собственности состоит из земли, расположенной за границей, германские суды применяют *lex situs*, если это право применимо по коллизионным нормам местонахождения недвижимости[4].

---

[1] См. ниже, § 400.

[2] Об этом различии см. ниже, § 482.

[3] Этот вопрос будет рассмотрен в связи с наследственным правом; см. ниже, § 539.

[4] См. выше, § 201.

337. Право домицилия мужа

В отношении движимого имущества домицилий мужа является решающим. Но какой именно домицилий? Были предложены три ответа: 1) домицилий, существовавший на день заключения брака; 2) домицилий, который муж намерен установить и действительно устанавливает немедленно после заключения брака, называемый «супружеским домицилием»; 3) настоящий (actual) домицилий и, следовательно, в случае перемены домицилия,—новый домицилий. Второй ответ должен быть отвергнут[1]. Сравним приведенный выше случай, когда муж-англичанин намерен обосноваться в Кептауне и немедленно после заключения брака вместе со своей невестой садится на корабль, направляющийся в Южную Африку, с другим случаем, когда англичанин проводит первый месяц своей супружеской жизни со своей женой в своем английском домицилии по происхождению и затем решает переменить свой английский домицилий на южноафриканский. В последнем случае супруги, пока они не приедут в Кептаун, бесспорно подчиняются английскому праву. Почему же они в первом случае должны находиться в ином положении и подчиняться южноафриканскому праву уже во время нахождения в пути (*in itinere*), несмотря на то, что одного намерения еще недостаточно для того, чтобы создать перемену домицилия?[2]. Если какая-либо перемена домицилия и должна быть принята во внимание, то не должно иметь существенного значения, во-первых, предполагалась ли эта перемена в момент заключения брака или впоследствии, и, во-вторых, произошла ли эта перемена немедленно после заключения брака или позже.

338. Влияние перемены домицилия

Таким образом, необходимо сделать выбор между первым и третьим ответом. Одной из наиболее спорных проблем в международном частном праве является вопрос о том, остается ли правовая система, регулирующая имущество мужа и жены во время заключения брака, решающей до их смерти или развода или же она должна быть заменена иной системой, если домицилий

---

[1] Это было предложено Стори и принято Вестлейком, s. 36, и Дайси, p. 598. Против: Чешайр и Гудрич, 276.

[2] См. выше, § 102; следует также принять в соображение нецелесообразность признания обратного действия, которое содержится в доктрине Стори; во время путешествия супругов в Африку они подчиняются английскому семейному праву, и если кто-нибудь из них умирает на борту судна, английское право признается безоговорочно, и они будут рассматриваться так, как если бы они жили по южноафриканскому праву со дня заключения брака.

супругов переменился. Этот вопрос, по выражению, употребляемому статутариями, представляет собой «*quaestio famosissima*».

В настоящее время почти всюду действует принцип неизменности режима. Право первого домицилия мужа, а в тех случаях, когда сохраняется принцип гражданства,—закон его гражданства в момент заключения брака применяется всеми современными кодексами, начиная с французского кодекса и систем, созданных под его влиянием, и кончая германским и шведским кодексами, Гаагской конвенцией 1905 г., конвенцией, заключенной в Монтевидео, и кодексом Бустаманте. Таково также и право скандинавских стран.

Английское право склоняется к противоположной точке зрения. Система супружеских имущественных отношений, установленная по закону, а не по соглашению сторон, изменяется с переменой домицилия супругов. Это положение было установлено в решении по шотландскому делу Lashley v. Hog[1], в котором палата лордов признала, что перемена английского домицилия на шотландский влечет за собой применение шотландского права в отношении режима имущественных отношений между супругами. В решении по английскому делу De Nicols v. Curlier[2] палата лордов исходила из этой же нормы. В этом случае имела место перемена домицилия с французского на английский, и суд отклонил применение нормы, принятой по делу Lashley v. Hog, только потому, что ошибочно полагал[3], что по французскому праву французская система общности имущества, созданная «в силу закона», должна рассматриваться как договорная система.

339. Доктрина изменяемости режима имущественных отношений

Доктрина изменяемости была бы неприемлема, если бы ее результатом явилось аннулирование прав, приобретенных по законам старого домицилия. Эти права, независимо от их природы, например права *in rem* или *in personam*, остаются в силе и по новому закону[4]. Если, например, голландский домицилий был заменен английским, то муж и жена остаются сособственниками имущества, которое до перемены домицилия было их общей собственностью. Раздел их совместного имущества, которого может теперь потребовать каждый из супругов, происходит тем же путем, как если бы ко времени перемены доми-

[1] (1804) 4 Paton 581.
[2] (1900) A. C. (см. выше, § 149).
[3] *Bartin*, Principes, II., p. 249 i. f., 250.
[4] См. *Goodrich*, p. 278.

цилия самый их брак был расторгнут разводом. Муж получает одну половину их общего имущества в свое самостоятельное владение, жена—другую половину. Право мужа распоряжаться имуществом, перешедшим теперь к жене, прекращается с данного момента, *ex nunc*. Если никто из супругов не требует раздела в момент перемены домицилия, это не уничтожает права каждого из них потребовать этого впоследствии; раздел имущества может не иметь места и часто не имеет места до тех пор, пока не расторгается брак, но даже и в этом случае раздел имущества сохраняет характер, присущий ему по голландскому праву. Однако права, приобретенные каждым из супругов после перемены домицилия, подпадают под действие закона их нового домицилия[1]. Обратный случай проще: супруги с английским домилицием и, следовательно, живущие по системе раздельного имущества, меняют свой домицилий на голландский. В этом случае система общности вступает в действие *ex nunc*. Муж и жена объединяют свое имущество так же, как они сделали бы это, если бы приехали в Голландию неженатыми и там вступили в брак. Если год спустя они оставляют свой голландский домицилий и возвращаются в Англию, то в результате этого не последует восстановления права собственности на имущество в том виде, в каком оно существовало до первой перемены домицилия. В этом заключается различие между двумя случаями перемены домицилия: перемена от раздельности имущества к его общности влечет за собой изменение существующих прав собственности, в то время как перемена от общности к раздельности имущества не влечет за собой таких последствий. Нам представляется, что трудно согласиться с Дайси и Чешайром, которые придерживаются того взгляда, что оба вида перемены домицилия оказывают влияние на права собственности супругов. Чешайр исследует следующий пример[2]: «Завещатель с голландским домицилием составляет завещание, в котором, игнорируя установленные законом права своей жены (в отношении определенной части его имущества), оставляет все свое имущество чужестранцу, а затем приобретает домицилий в Англии и там умирает». Чешайр разрешает этот казус следующим образом: «Завещательное распоряжение действует во всей своей полноте. Переход к праву нового домицилия лишает жену ее права собственности и соответственно увеличивает объем имущества, находящегося в распоряжении мужа». Этот взгляд может быть опровергнут. Права собственности жены, т. е. ее право на половину общего имущества, не затрагиваются переменой домицилия, и муж не имеет права распорядиться этой

[1] Американский Restatement, § 290.
[2] Pp. 493, 494.

половиной в завещании. Он может распоряжаться только своей половиной того, что раньше составляло их общее имущество. Точно так же пример, рассмотренный Дайси[1], был бы, вероятно, разрешен иначе, чем он предполагает. Супруги были домицилированы в стране, где дарение между мужем и женой недействительно или, по крайней мере, может быть отменено впоследствии. Супруги переменили свой домицилий на английский. По мнению Дайси, «их права тем самым изменятся и такое дарение в будущем не может быть отозвано». Правильность такого решения сомнительна. Дарственная запись, совершенная женой, когда супруги были домицилированы в Южной Африке, недействительна, и жена имеет право отменить ее, пока эта запись не будет утверждена вследствие ее смерти. Это право является благоприобретенным правом собственности, и жена в праве предъявить иск о возмещении. Она не теряет своего права, если брак расторгнут разводом; трудно поверить, что она должна потерять это право потому, что муж меняет африканский домицилий на английский.

Система изменяемости была принята Соединенными Штатами, Аргентиной и Парагваем. Она действовала в некоторых частях Германии до введения в действие германского гражданского кодекса (1900 г.)[2]. По балтийскому кодексу 1864 г. перемена домицилия даже влекла за собой уничтожение приобретенных прав супругов, кодекс защищал только приобретенные права третьих сторон.

340. Защита третьих лиц

Требует ли защита торговых сношений ограничения действия иностранных систем супружеской собственности в отношении третьих сторон? Если, например, домицилированная германская чета постоянно пребывает в Англии, и жена без разрешения мужа продает какое-либо имущество из принадлежащего лично ей, то можно ли оправдать отрицание права собственности покупателя на это имущество на том основании, что по германскому семейному праву право управления имуществом жены принадлежит исключительно мужу?[3]. Некоторые континентальные системы предоставляют защиту добросовестному покупателю, объявляя все иностранные режимы супружеской собственности недействительными в отношении такого покупателя, если только режим супружеской собственности супругов не был предан общественной гласности вследствие регистрации в особых списках или вследствие заявления

---

[1] P. 767.
[2] См. *Gierke*, Deutsches Privatrecht, I, 238, note 100, 101.
[3] Германский гражданский кодекс, § § 1396, 1405.

определенным властям и т. п.[1]. Гаагская конвенция 1905 г. воздерживается от установления подобных ограничений, но позволяет договаривающимся сторонам требовать соблюдения определенных формальностей для того, чтобы система супружеской собственности приобрела силу против третьих лиц.

Опыт, однако, показал, что необходимость в защите торговли против действия иностранных систем супружеской собственности не столь велика, как этого можно было бы ожидать[2]. Так называемые публикации путем регистрации не достигают своей цели. Никто в них не заглядывает. Не удивительно поэтому, что Англия, как и Франция и большинство других континентальных стран, этой проблеме не уделяют большого внимания.

БИБЛИОГРАФИЯ

Audinet, Conflits relatives aux effets patrimoniaux du marriage, 40 Rec. (1932, II) p. 241. *Audinet*, Rev. Darras, 1906, 102; 1910, 289. *A. Teichmann*, Ueber Wandelbarkeit und Unwandelbarkeit des gesetzl. ehelichen Güterrechts, Basle, 1879. *Savatier*, 20 Rev. trimestrielle d. dr. civ. (1921) 93. *J. M. Baak*, De rechtsgevolgen van het huwelijk in het internat. privaatrecht, 1928. *Neuner*, 5, Louisiana L. R. (1943) 167. См. RVgl. HWB, IV, 412.

Регулирование режима супружеских имущественных отношений путем соглашения

341. *Автономия сторон*

I. Большинство континентальных правовых систем допускает заключение между мужем и женой или между помолвленными соглашения относительно их будущих имущественных отношений (convenzione matrimoniale, Ehevertrag), но только в пределах, установленных правовыми нормами о супружеском имуществе. Например, по германскому праву или по Гаагской конвенции 1905 г. законная система супружеских имущественных отношений определяется национальным правом сторон. От этого права, следовательно, зависит, может ли вообще быть заключен брачный контракт, и если может, то должно ли такое соглашение быть заключено до брака (как во французском праве[3] и происходящих от него правовых системах),

---

[1] Так обстоит дело в германском праве (ст. 16 Вводного закона) и в шведском праве. Швейцарское право заходит дальше. Там применению подлежит право настоящего (actual) местопребывания в случае, когда дело касается третьих лиц, и супруги не могут избежать такого исхода и сделать свою иностранную систему супружеской собственности действительной путем какой-либо регистрации или публикации.

[2] См. *Frankenstein* III, 360.

[3] Французский гражданский кодекс, ст. 1395.

или же это может быть сделано также и в период брака (как в австрийском, германском и швейцарском праве). Это право также определяет, какие виды режимов супружеских имущественных отношений могут быть избраны сторонами и какие исключаются. Итальянское право, например, не разрешает системы общности имущества, за исключением общности прибылей и периодических доходов[1].

Английское право отличается от приведенных выше систем. Оно разрешает сторонам подчинить свои имущественные отношения правовой системе любой страны и даже путем соглашения создать имущественный режим их собственного изобретения, при условии, что такое соглашение не нарушает британского публичного порядка. Соглашения об имущественном режиме не являются договорами в обычно употребляемом узком смысле этого понятия; как правило, эти соглашения создают не только обязательства сторон,—как это имеет место при договорах,—но могут также создавать и *iura in rem* (вещные права), а также передачу существующих прав, вещных и обязательственных[2]. Но установленная для договора норма, в силу которой он подчиняется «свойственному данному договору праву», действует также и в отношении соглашений о супружеском имущественном режиме. Свойственным договору правом является право той страны, с которой, по мнению сторон, их соглашение имеет наиболее реальную связь. Поскольку такое соглашение включает создание и передачу *iura in rem*, то несомненно, что в отношении недвижимого имущества и, возможно, также и в отношении движимого имущества «свойственным» договору правом следует считать право местонахождения имущества.

342. Допустимость соглашения

Допустимость заключения соглашения зависит от права, регулирующего режим супружеских имущественных отношений. Если, например, обе стороны—итальянские граждане, но домицилированные в Англии,—спустя несколько лет после вступления в брак заключили соглашение об объединении в общий фонд своих прибылей и периодических доходов, т. е. об установлении итальянского режима communione degli utili e degli acquisti, регулируемого ст. 213 нового кодекса 1938 г.,—то итальянское право должно решить, может ли быть после совершения брака законно заключено такое новое соглашение;

---

[1] Итальянский гражданский кодекс (1865), ст. 1433; (1938) ст. 213.

[2] Поэтому новый итальянский гражданский кодекс 1938 г. правильно заменяет термин contratto di matrimonio термином convenzione matrimoniale; см. ст. 160.

заменяющее собой прежний режим. Такое изменение режима не разрешалось кодексом 1865 г., но разрешается новым кодексом.

343. Правоспособность

II. Способность к заключению соглашения о супружеском имуществе зависит:

1) поскольку соглашение имеет в виду создать или передать права на землю—от закона местонахождения имущества;

2) во всех других отношениях, в частности, в отношении движимого имущества и обязательств супругов в отношении третьих лиц и друг к другу,—от закона домицилия. Если соглашение заключается после совершения брака, решающим является общий домицилий супругов в момент заключения соглашения. Если же оно заключено до брака, как это обычно бывает,—способность каждой стороны определяется ее (или его) домицилием в момент заключения соглашения.

Первое из приведенных выше предложений неоспоримо. Оно вытекает из принципа, по которому все права на землю определяются правом, регулирующим отношения, связанные с этой землей. Это положение было сформулировано Стори и с тех пор снова и снова повторялось. Оно послужило основанием для решения по делу Bank of Africa v. Cohen[1].

Второе правило также исходит из общего принципа. Если признать правильным, что способность лица принять на себя обязательство по договору или заключить действительный брак зависит от его домицилия в момент заключения договора или брака[2], то нет никакого основания для отступления от этого (лежащего в основе закона) принципа в отношении соглашения о супружеском имуществе. Вывод, во всяком случае, разумный, и следует упомянуть, что он соответствует континентальным коллизионным нормам и доктринам. Это положение затем стало преобладающей английской доктриной[3]. Три английских решения поддерживают эту доктрину или, по крайней мере, мирятся с ней. Во всех этих трех случаях соглашения или дарственные записи были до брака заключены женщиной, которая по закону своего добрачного домицилия была несовершеннолетней, и суд во всех случаях признал соглашение недействительным, оспоримым или могущим быть отмененным.

---

[1] (1909) 2 Ch. 129, 135, 143.

[2] См. об этом выше, §§ 262—264.

[3] *Dicey*, 758, note (c); *Westlake*, s. 2; *Foote*, p. 102 et seq.; *Halsbury*, VI, § 314. Против: *Dr. Cheshire*, p. 234 et seq.; *J. H. C. Morris*, 54 L. Q. R. (1938), 78—86 и Cases, p. 298, 299.

По первому из этих дел нет места каким бы то ни было сомнениям: решение по делу Cooke's Trusts[1] явно основано на неправоспособности женщины по закону ее добрачного домицилия, и суд ссылается на аналогичные нормы, регулирующие способность ко вступлению в брак или к заключению «других договоров»[2]. Второе решение по де́лу Cooper v. Cooper[3] применяет право страны, которая была одновременно домицилием невесты и местом заключения брака; двое судей не указывают на то, какое из этих двух обстоятельств было решающим, между тем как третий судья применяет норму домицилия как таковую. Третье дело Viditz v. O'Hagan[4] имеет отношение к проблеме правоспособности только постольку, поскольку суд решил, что неправоспособность женщины по закону ее добрачного домицилия на заключение безотзывного договора делает договор отзывным[5].

344. *Форма*

III. Ф о р м а соглашения о супружеском имущественном режиме регулируется нормой *locus regit actum*. В этом случае, однако, эта норма добровольная, а не принудительная, как при заключении брака. Достаточно, если соблюдена та форма, которая требуется согласно свойственному соглашению праву. Таким образом, сторонам предоставлен выбор между правом, свойственным соглашению, и правом места заключения соглашения[6]. Эту же альтернативу можно найти в большинстве континентальных правовых систем и в Гаагской конвенции 1905 г.

345. *Действительность соглашения и его последствия*

IV. Вопросы действительности по существу (за исключением «способности» ко вступлению в соглашение) и толкование соглашения о супружеском режиме имущества регулируются свойственным соглашению правом[7]. Это право отвечает также

---

[1] (1887) 3. T. L. R. 558; 56 L. T. 737.

[2] См. Sottomayor v. De Barros (no 1) (1877) 3 P. D. I, 5.

[3] (1888) 13 A. C. 88, 99, 106—108.

[4] (1899) 2 Ch. 569; (1900) 2 Ch. 87.

[5] Соображения, принятые доктором Чешайр и судьей Моррис (см. выше, стр. 395, прим. 3), основаны на той же исходной позиции, что́ и критикуемое ими мнение. Соглашения о супружеском имуществе должны регулироваться тем же правом, которое является решающим в отношении торговых договоров или самого брака. Но так как Чешайр выдвигает доктрину, по которой способность ко вступлению в брак определяется не добрачным, а «супружеским» домицилием, а правоспособность на заключение договора—свойственным договору правом или lex loci actus,—он обязан, применяя любую из этих двух доктрин путем аналогии, возражать против точки зрения, принятой по делу Cooke's Trusts.

[6] Van Grutten v. Digby (1862) 31 *Beav.* 561. In re Bankes (1902) 2 Ch. 333.

[7] Re Bankes, loc. cit. Re Fitzgerald (1904) 1 Ch. 573.

на вопрос о том, компетентны ли стороны изменить или аннулировать свое соглашение. Если они его аннулируют, не заменяя новым соглашением, в действие вступит предусмотренная законом система как таковая, а не как система, созданная подразумеваемым договором[1]. Это различие существенно в случае перемены домицилия; см. § 346.

346. Перемена домицилия

V. Перемена домицилия в течение брака не влечет за собой перемены в системе супружеского имущества, поскольку такая система основана на прямо выраженном или подразумеваемом соглашении[2]. Как мы видели выше, иное положение создается, когда супруги не заключили никакого соглашения и их имущественный режим поэтому регулируется системой, установленной законом: в случае перемены домицилия система, установленная законом старого домицилия, заменяется системой нового домицилия.

Сохранение договорного режима супружеского имущества, несмотря на перемену домицилия, может противоречить праву, действующему в новом домицилии. Если, например, домицилированная немецкая супружеская чета брачным соглашением устанавливает общность всего имущества и впоследствии приобретает итальянский домицилий, где такая система недопустима, то может случиться, что итальянские суды по этому основанию будут рассматривать соглашение как аннулированное. Английские суды не согласились бы с таким мнением.

БИБЛИОГРАФИЯ

См. стр. 393.

V. РАЗВОД И СУДЕБНОЕ РАЗЛУЧЕНИЕ

347. Судебные и внесудебные разводы

I. Кто может выносить решения о расторжении брака или о разлучении супругов? Ответ на этот вопрос дается правом той страны, в которой заинтересованная сторона добивается развода или разлучения. В Англии, как и в большинстве стран, только коронные суды и законодательные органы компетентны

---

[1] *Morris*, loc. cit., p. 79; Cases, p. 283—284. В подтверждение своего мнения он ссылается на решение по делу Groos (1915) I Ch.572. Сомнительно, однако, подходит ли это решение; оно трактует о правоспособности на совершение завещания в случае перемены домицилия.

[2] Anstruther v. Adair (1834) 2 My and K. 513. Este v. Smyth (1854) 18 *Beav*. 112. Duncan v. Cannan, ibid., p. 128, 142. De Nicols v. Curlier (1900) A. C. 21, 46. In re Fitzgerald (1904) I Ch. 573.

выносить такие решения. Но такое положение существует не везде. Дания и Норвегия допускают развод, санкционированный королем или каким-нибудь административным органом. В Японии развод, как акт, противоположный браку (*contrarius actus*), осуществляется перед регистратором. Еврейский закон требует посылки письма о разводе при участии нескольких раввинов[1]. Ирландия и Квебек допускают развод только по постановлению парламента.

1. Если развод был объявлен лицом, которое, согласно *lex loci*, не имеет на это права, то такое объявление недействительно в этой стране, хотя оно может быть действительным по личному закону сторон. Если, например, литовские евреи, имеющие свое постоянное местопребывание или свой домицилий в Англии, выполнят там акт развода по еврейскому закону, такой развод будет ничтожным и недействительным в Англии и в третьих странах, хотя литовское право, возможно, будет считать его действительным[17]. В результате получится «хромающий» брак[2].

2. Если, наоборот, развод объявлен лицом, которое, согласно закону места совершения акта, обладает правом на это, то развод будет действителен в месте его объявления, хотя и не будет действителен ни в каком ином месте. Возьмем случай литовской супружеской четы, домицилированной в Англии; английский развод может не иметь никакой силы в Литве. Некоторые сомнения существуют относительно внесудебных разводов, оформленных в иностранном государстве в соответствии с действующим там правом. Примеры: русская чета получила развод в России, путем заявления в русском отделе регистрации; или сербский еврей развелся со своей женой в Белграде, послав ей древнееврейское письмо о разводе с участием раввинов. Эти разводы, конечно, действительны, соответственно, в России и в Сербии. Вопрос об их признании где-либо в другом месте зависит от следующих соображений. Если, согласно применимой коллизионной норме, русское право является личным законом супругов, русский внесудебный развод будет действителен, например, в Германии или во Франции,[3] — если стороны имеют русское гражданство, в Англии, — если они домицилированы в России[18]. С другой стороны, если стороны являются гражданами третьей страны или домицилированы в этой стране, то развод не будет признан, если его не признает эта третья страна. Иногда утверждали, что внесудебный развод никогда не должен признаваться в странах, в которых внутреннее материальное

---

[1] *Allerhand*, 4 Zeitschr. f. Ostrecht(1930) 460 et seq., 5 ibid. (1931) 10.
[2] См. об этом § 329.
[3] См., в частности, *Lewald*, p. 125, 126; *Arminjon*, III. 35.

гражданское право требует судебного приказа о разводе. На это можно ответить, что из принудительной нормы внутреннего материального права нельзя делать вывода о существовании такой же коллизионной нормы. Норма «нет развода без судебного приказа» относится,—если употреблять континентальную терминологию[1],—к внутреннему публичному порядку[2] (ordre public interne), а не к международному публичному порядку (ordre public international). Противоположный взгляд несовместим с другими чертами права о разводе. Правовая система, признающая судебные решения иностранных судов о разводе, даже если они основаны на простом согласии или на одностороннем заявлении одной из сторон[3], не должна взывать к доктрине публичного порядка в тех случаях, когда такого согласия или одностороннего заявления достаточно для расторжения брака. Сотни тысяч честных и верных закону людей на всем земном шаре получили разводы по своему личному закону и в пределах своей родной страны путем простых соглашений, писем о разводе, объявлений административных или религиозных властей и т. п. Нет никакого основания к тому, чтобы Англия рассматривала этих людей как еще состоящих в браке, чтобы она наказывала их за двоеженство, если они вступят там в новый брак, и чтобы она считала их второй брак недействительным, даже если они его заключили в своей стране.

348. *The Hammersmith Case*

Все это, возможно, было бы принято в Англии без разногласий, если бы не был создан неудачный прецедент по делу Хаммерсмита[4]: по этому делу было постановлено, что иностранный развод, о котором не вынесен судебный приказ, не будет признан в Англии. Фактическая сторона дела заключалась в следующем: магометанин, домицилированный в Индии, заключивший в Англии моногамический брак с англичанкой, развелся с ней в Индии посредством бракоразводного письма (talak-nama), т. е. способом, предусмотренным законом для расторжения магометанского (полигамического) брака. Англий-

---

[1] См. выше, § 159.

[2] Даже и это положение иногда подвергалось сомнению во Франции. Французские суды разрешили иностранным еврейским супружеским парам совершать разводы на французской территории по еврейской форме, т. е. посредством письма о разводе. *Niboyet*, Manuel, 870; *Arminjon*, III, 35. note 3.

[3] Или на каком-либо ином обстоятельстве, которое по английскому внутреннему праву не является основанием для развода. См. Mezger v. Mezger (1936) 3 A. E. R. 130, 134; Pastre v. Pastre (1930) P. 80, 82.

[4] R. v. Hammersmith Superintendent Registrar, Ex parte Mir-Anwarruddin (1917) I K. B. 634.

ские суды признали этот развод недействительным в Англии, и невозможно спорить против такого решения.

Способ расторжения полигамического брака не может быть применен для расторжения брака другого характера (как это убедительно разъяснили суды). В этом заключается подлинный мотив, на котором решение должно было базироваться[1]; приведенный нами выше второй мотив о том, что должны признаваться только судебные разводы, допускает исключения.

349. Расторжение дефектных браков

II. Путем развода расторжимы только такие союзы, которые рассматриваются как браки в той стране, где предъявляется требование о разводе.

1. Английский суд должен, с одной стороны, отклонить просьбу о вынесении приказа о разводе, если союз, рассматриваемый как действительный брак в другой стране, в Англии рассматривается как брак недействительный. Греческая супружеская чета, совершившая в Англии брачный обряд перед греческим священником, не может в Англии получить развода.

В решении по делу Nachimson v. Nachimson[2] судья Хилл отказался вынести решение о разлучении в отношении русского брака, так как он признал, что брак, заключенный по советскому закону, хотя и действительный в России, не является браком в понимании английского права. Апелляционный суд отменил это решение на том основании, что этот брак должен был быть признан в Англии, но не отрицал того положения, что обязательным условием для английского решения о разлучении является наличие брака, признанного в Англии [19].

2. В то же время английский суд будет готов вынести приказ о разводе, если союз, хотя и не являющийся браком с точки зрения личного закона сторон, рассматривается как брак английским правом. Если два грека в Англии заключили брак перед регистратором, такой брак может быть там расторгнут, несмотря на то обстоятельство, что с точки зрения греческого права стороны не состоят в браке.

350. Юрисдикция

III. Вопрос о критерии для определения юрисдикции английского суда в отношении разводов и судебных разлучений был нами исследован выше, в §§ 71, 79. Об условиях, при которых

---

[1] См. убедительную критику этого решения, данную д-ром Чешайр (pp. 366—368).

[2] (1930) P. 217.

английский суд признает юрисдикцию иностранного суда на вынесение решений о разводе и судебном разлучении, см. выше, § 240.

351. Применимое право. Сравнительный обзор

IV. Какое материальное право следует применить, если суд принимает к своему производству дело о разводе или разлучении? В частности, какая правовая система определяет основания для развода и разлучения, влияние прощения супружеской неверности, потворства и сговора, значение неверности или другого поведения со стороны истца?

1. Большинство европейских и латиноамериканских систем в принципе решает этот вопрос в пользу национального права супругов или мужа; но они изменяют этот принцип, предписывая применение *lex fori* в тех случаях, когда предмет спора относится к сфере публичного порядка. Гаагская конвенция о разводе 1902 г., например, разрешает развод только в том случае, если как национальное право супругов, так и *lex fori*, предусматривают этот институт и если, кроме того, согласно обеим правовым системам, имеется основание для развода в рассматриваемом судом случае[1]. Если супруги имеют разное гражданство, некоторые правовые системы прибегают к помощи последнего общего гражданства, другие применяют национальный закон мужа. Оба эти решения могут встретить возражения. Они приводят к несправедливости в отношении жены в тех случаях, когда до брака она была подданной государства, разрешающего развод, и в результате брака стала подданной государства, которое, подобно Италии, развода не допускает. В этом случае жена не может получить приказ о разводе, даже если она оставляет своего мужа, допустившего супружескую измену, возвращается в свою прежнюю страну и снова приобретает свое добрачное гражданство. Большим достижением было решение французского Верховного суда по известному делу Феррари[2]; суд в этом случае воздержался от указанного вывода и предоставил развод француженке, которая вступила в брак с итальянцем, получила в Италии решение о разлучении, а по возвращении во Францию возбудила бракоразводный процесс во французском суде. Это решение можно было оправдать по соображе-

[1] Гаагская конвенция, (ст.ст. 1, 2) сформулирована по образцу германского закона, ст. 17 Вводного закона. То же относится и к шведскому, швейцарскому, китайскому и японскому законам. Все эти правовые системы точно определяют действие закона суда (*ex ori*). Как правило, однако, определение области публичного порядка, и, следовательно, степени применения *lex ori* предоставлено усмотрению суда; так обстоит дело, например, во Франции, Бельгии, Нидерландах, Португалии, Испании, и в отношении отлучения от ложа и стола—в Италии.

[2] Dalloz Pér. 1922, I, 137.

ниям публичного порядка[1]. Другие государства—Швейцария, Швеция и Германия—последовали французскому примеру[2] и таким образом устранили некоторые из наиболее печальных последствий применения национального права мужа.

2. Некоторые другие правовые системы применяют *lex fori* или *lex domicilii*, который, как правило, совпадает с *lex fori*. Такое положение существует в Австрии, Греции, Дании, Норвегии и в некоторых латиноамериканских государствах, как, например, Чили, Эквадоре и Уругвае[3]. В английском и североамериканском праве действует система *lex fori*.

352. *Английское право*

Трудно сказать, применяет ли английский суд английское право потому, что оно является правом места судебного производства, или же потому, что оно является правом домицилия и, следовательно, личным законом сторон. Американский Restatement[4] подчеркивает последний взгляд, но это, повидимому, еще не разрешает вопроса во всех его аспектах, во всяком случае для английского права. Английский суд, принимая к своему рассмотрению дело о разводе или разлучении, применяет только английское право, так как вопрос об условиях, при которых брачные узы могут быть расторгнуты или уничтожены, затрагивает основные английские понятия о морали, религии и публичном порядке. Поэтому не может быть сомнений в том, что если в исключительных случаях английский суд не является судом домицилия, он тем не менее применит английское право, а не право иностранного домицилия.

353. *Случаи, когда lex fori не является lex domicilii*

Эти исключительные случаи бывают двух видов:

а) Английский суд обладает юрисдикцией в отношении исков о разлучении, если обе стороны являются английскими

---

[1] Выдающиеся французские юристы, однако, критиковали решение по делу Феррари; например, *Pillet*, Rev. Darras, 1922—1923, 461; *Niboyet*, Rev. crit., 1934, 134.

[2] При отказе от Гаагской конвенции: Швейцария в 1929 г., Швеция и Германия в 1933 г.; и в Швеции и Германии—с изданием новых законов: Швеция 23 марта 1934 г., Германия 25 января 1935 г. Ср. Rabel's Z., 8, 639, 9, 876.

[3] См. кодекс Бустаманте, ст. 52, и вызывающую удивление норму конвенции, заключенной в Монтевидео, ст. 136, устанавливающую, что основание для развода должно допускаться правом того места, где брак был заключен, так же, как если бы стороны заключили соглашение о товариществе, подчиненное подразумеваемому условию, по которому договор не может быть расторгнут по какому-либо основанию, которое при его заключении не имелось в виду.

[4] Раздел 135, комментарии.

резидентами, хотя они и не домицилированы в Англии[1]. Вынесет ли суд приказ о судебном разлучении по таким признаваемым иностранным правом домицилия основаниям, как, например, взаимное согласие? Ответ—отрицательный.

б) Согласно Закону о браке (Matrimonial Causes Act)[2] 1937 г., ст. 13, английский суд обладает юрисдикцией в отношении бракоразводных и других исков, связанных с брачными отношениями, когда жена была оставлена своим мужем или муж был сослан, при условии, если муж непосредственно перед своим уходом от жены или перед ссылкой был домицилирован в Англии, но затем переменил свой домицилий. При осуществлении такой юрисдикции английский суд не будет принимать во внимание право иностранного домицилия. Возьмем пример, когда муж домицилирован в Англии, но, оставив свою жену, обосновался в Италии. Жена обращается в английский суд с ходатайством о разводе. Итальянское право, не разрешающее развода, в данном случае неприменимо. Другой пример: муж, оставивший свою жену, приобретает бельгийский домицилий и там совершает супружескую измену. Жена может немедленно предъявить к нему в английском суде иск, но не в связи с тем, что он ее оставил, так как еще не истек требуемый по английскому закону трехлетний срок[3], но в связи с изменой мужа, хотя по бельгийскому закону домицилия измена мужа не является основанием для развода, если только он не привел свою соучастницу в свой семейный дом. Здесь перемена домицилия, так сказать, игнорируется в пользу оставленной жены.

354. *Существенное значение lex domicilii*

Во всех других случаях, кроме этих двух исключений, право английского суда, если *forum*—английский, совпадает с правом домицилия. Но это не означает, что *lex fori* относится ко всему основанию иска и что концепция домицилия не играет никакой роли при решении вопроса о том, какое материальное право подлежит применению при разводе. Право домицилия приобретает существенное значение в двух случаях: во-первых, до того, как был установлен какой-либо *forum*; во-вторых, когда этот *forum* не английский.

355. *До того, как был установлен forum*

1) Допустим, что бракоразводный процесс еще не был начат ни в одном суде, но что произошло событие, которое могло бы оправдать возбуждение такого процесса в судах страны *X*, но не в судах страны *У*. Закон какой страны дает ответ на

[1] См. выше, § 79.
[2] I Edw. VIII и I Geo VI, c. 57. См. выше, § 73.
[3] Matrimonial Causes Acts, 1925 и 1937, s. 176 (b).

вопрос о том, создало ли это событие «право на развод»? Применяется исключительно *lex domicilii*. Не может возникать никакого вопроса о *lex fori*, так как еще нет суда. Это обстоятельство становится существенным, когда домицилий был изменен до подачи прошения о разводе. Пример: в тот период, кагда супружеская чета была домицилирована в Брюсселе, муж совершил измену вне своего дома; по бельгийскому закону такая измена не дает жене права требовать развода, и если бы она предъявила такой иск после перемены домицилия на французский, германский, швейцарский или на какую-либо иную страну, где простая измена является достаточным основанием для развода, то французский, германский или швейцарский суд отказали бы в иске[1]. Было ли бы положение иным, если бы их новым домицилием стала Англия? Должно ли аморальное, но юридически беспредметное действие стать основанием для развода только в связи с последующей переменой домицилия? Ответ должен быть дан отрицательный. Из этого, однако, нельзя заключить, что при обратном положении жена сохраняет право на развод, которое она приобрела в силу закона ее старого (бельгийского)домицилия, но которое не признается ее новым домицилием. Если, например, муж, будучи домицилирован в Бельгии, был приговорен к суровому бесчестящему наказанию[2], а затем домицилировался в Англии, то жена не будет иметь права на иск (к нему) о разводе по этому основанию.

Еще более сомнительное положение создается в тех случаях, когда действие, которое, согласно закону старого домицилия (итальянского), создает только право на судебное разлучение,—по закону нового домицилия (английского) дает невиновной стороне основание требовать развода. Может ли в таком случае последующая перемена итальянского домицилия на английский превратить право на разлучение в право на развод? Мы полагаем, хотя и не без колебаний, что такое превращение допустимо[3]. Супружеская измена, совершенная в Италии, создала там право требовать разрыва брачных уз, причем в самой высокой степени, допускаемой итальянским правом. То обстоятельство, что этот максимум ниже того, который предоставляется невиновной стороне по английскому праву, не должно препятствовать суду применить более строгую английскую норму.

---

[1] См. например, Гаагскую конвенцию, ст. 4; германский Вводный закон, ст. 17, § 2; швейцарский гражданский кодекс, заключительный разд., ст. 61. 7 h § 2; кодекс Бустаманте, ст.ст. 52, 54.

[2] По английскому закону это не является основанием для развода.

[3] См., например, германский Вводный закон, ст. 17, § 2; Гаагская конвенция, ст. 4.

По английскому закону «право на развод» в двух случаях возникает не из какого-либо одного отдельного факта (как, например, измена или жестокость), но из ряда фактов, охватывающих длительный период: три года—в случае оставления семьи, пять лет—в случае умопомешательства[1]. Многие континентальные правовые системы, признающие измену и умопомешательство как основание для развода[2], устанавливают более короткие периоды. Если в течение этого периода муж меняет свой континентальный домицилий на домицилий в Англии, то годы, истекшие по праву старого домицилия, могут быть приняты в расчет при исчислении английского, более длительного периода[3]. В случае умопомешательства английское право требует, чтобы в течение всего периода ответчик «находился под постоянным попечением и нуждался в уходе[4]»; и он «будет считаться находящимся под попечением и нуждающимся в уходе», если были выполнены требования определенных английских законов. Буквальное толкование этой выдержки[5] могло бы привести к печальному результату, именно к тому, что если даже были выполнены требования соответствующих иностранных постановлений, то этого не будет достаточно в Англии. Имея в виду, что английский закон (*Matrimonial Causes Act*) нигде не касается трудностей, возникающих из коллизии законов, можно считать себя в праве толковать эту выдержку менее ограничительно, чем это обычно допускается правилами интерпретации законов.

356. *Когда имеется иностранная юрисдикция и обратная отсылка (renvoi)*

2) Право домицилия, далее, является решающим, когда рассматривающий дело суд (*forum*) будет не английский, а иностранный, и когда этот иностранный суд признает доктрину *renvoi*. Допустим, что британский подданный, домицилированный во Франции, женится на немке и живет с ней в Германии, не создавая германского домицилия. Брак был несчастный, жена снова натурализовалась в Германии и обратилась в германский суд с ходатайством о разводе[6]. Этот суд должен применить национальное право мужа (т. е. английское право), но должен

---

[1] Matrimonial Causes Acts 1925 и 1937 гг., s. 176 (b) и (d).

[2] И то и другое признается, например, в Германии, Швейцарии, Нидерландах, Греции.

[3] Правильно ли это будет и в том случае, если старый домицилий не допускает развода вследствие умопомешательства, как, например, во Франции? Ответ должен быть утвердительный.

[4] Matrimonial Causes Act, s. 176 (d).

[5] Ibid., 1937, s. 3, кончая словами «и не иначе».

[6] Суд обладает юрисдикцией в силу германского закона от 25 января 1935 г., ст. 2.

принимать во внимание нормы о *renvoi*. Вопрос заключается в следующем: отсылает ли английская коллизионная норма обратно к германскому праву как к *lex fori*, или же она отсылает к третьему закону—к французскому праву как к *lex domicilii*? Нет сомнения в том, что должно быть принято второе решение. Английская норма, по которой английские суды применяют английский закон о разводе, не является производной от какой-либо более широкой английской коллизионной нормы, устанавливающей, что «всякий суд применяет закон о разводе forum'а». Такой «многосторонней» нормы[1] не существует. Поскольку развод воздействует на гражданское состояние, а гражданское состояние зависит от домицилия, то в случае *renvoi* английское право отсылает к праву домицилия.

357. *Последствия развода*

V. Последствия развода определяются правом, регулирующим самый акт о разводе, будь то судебный приказ или же церковный или частный акт. Мы видим, что степень действия развода ограничена той страной, в которой был издан акт о разводе, и теми иностранными государствами, которые признают этот акт, и что это положение является одним из источников злополучного вида «хромающих» браков. Точный момент расторжения брака также определяется правом, регулирующим бракоразводное судопроизводство, т. е. *lex fori* или, в случае внесудебного развода, тем правом, в силу которого соглашение о разводе или односторонний отказ становятся действительными. В нормальном случае судебного приказа—право суда по бракоразводным делам определяет дату, с которой брак перестает существовать: этой датой может быть дата вынесения приказа о разводе; или дата, после которой этот приказ уже не может быть отменен по апелляции или кассации или когда он вступает в законную силу; или же дата, когда после судебного процесса расторжение брака заносится в брачный регистр[2].

Право, согласно которому развод был предоставлен, обычно *lex fori*, также регулирует и второстепенные последствия развода. Оно решает, обязана ли разведенная жена пользоваться именем своего прежнего мужа, разрешается ли ей это или запрещается[3]; обязан ли один из супругов содержать другого, при каких условиях и в какой степени и т. п. Что касается права поль-

---

[1] О значении этого термина см. выше, § 89.

[2] Такова была французская система, пока она не была улучшена Законом от 26 июня 1919 г. Эта система еще действует в Бельгии, Румынии и Нидерландах.

[3] См., например, очень детальное регулирование этого вопроса в германском гражданском кодексе, § 1577; швейцарском гражданском кодексе, ст. 149.

зования определенным именем, то об этом можно спорить, так как право на имя является одним из атрибутов субъектности и, как правило, подчиняется личному закону; в данном случае это будет закон домицилия разведенной жены. Если она, следовательно, после развода приобретает свой собственный домициллий, то некоторые юристы считают, что право этого домицилия должно определить, какое имя она должна носить[1]. Но вопрос о том, обязана ли жена, запрещается ли ей или разрешается носить имя, приобретенное ею по браку, касается отношений, созданных между нею и ее прежним мужем в результате развода, и воздействует как на ее обязательства, так и на ее права в отношении прежнего мужа. Перемена ее домицилия не может ни увеличить ее прав, ни освободить ее от ее обязанностей. Эти же соображения применимы и в отношении вытекающей из развода обязанности предоставлять содержание. Если эти обязанности однажды возникли в силу закона о разводе, перемена домицилия не может оказать на них какого-либо воздействия. Даже если наступает последующая перемена в относительном материальном положении сторон, то только закон, на основании которого право на алименты было установлено, может решить, оказывает ли такая перемена влияние на это право.

358. Вступление в новый брак после развода

Согласно некоторым правовым системам, суд при расторжении брака вправе или даже обязан наложить на стороны ограничение правоспособности на вступление в новый брак в течение определенного периода. Такое ограничение правоспособности, основанное на иностранном праве, должно уважаться в Англии, при условии, если оно налагается не на одну только виновную сторону и, следовательно, не носит карательного характера[2]. Если оно относится к обеим сторонам, то оно образует, как это указал Чешайр[3], нечто аналогичное ограничению правоспособности на вступление в брак, налагаемому на домицилированных английских супругов в период между вынесением решения и вступлением его в законную силу[4].

За этим исключением правоспособность лица на вступление в новый брак после расторжения прежнего брака регулируется не тем правом, согласно которому развод был получен, но правом домицилия каждого из разведенных супругов в момент заключения нового брака. Пример: двое итальянских подданных, домицилированных в Англии, были разведены

---

[1] Так, например, Frankestein, III, 574 et seq.
[2] Scott v. Att.-Gen. (1886) 11. P. D. 128. См. выше, § 163[3]).
[3] Priv. Int. L., p. 370.
[4] См. Warter v. Warter (1890) 15 P. 152.

в английском суде; бывший муж затем вернулся в Италию и там приобрел новый домицилий. Итальянское право не разрешает ему вступить в новый брак, так как Италия не признает судебных приказов о разводе в отношении итальянских подданных. Поэтому, если он вернется на несколько месяцев в Англию в надежде заключить там свой второй брак, то он это сделает напрасно. Такой брак будет недействителен, так как право его нового домицилия делает его неправоспособным (*incapax*) в силу связывающего препятствия (*impedimentum ligaminis*)[1]. Он находится в положении вечного безбрачия—не женат и не правоспособен вступить в брак.

Берлинский апелляционный суд занимался одним делом, доказывающим, в каком затруднительном положении оказываются суды, когда они сталкиваются с «хромающими» браками[2].

Фактическая сторона дела следующая: германская супружеская чета была разведена в американском суде. Так как, с точки зрения германского права, этот суд не обладал юрисдикцией, то его решение, хотя и действительное в Соединенных Штатах, было недействительно в Германии. Затем муж в Соединенных Штатах женился на американской женщине. Этот брак, следовательно, в Германии был бы недействителен, если бы не то обстоятельство, что в промежутке между приказом о разводе и вторым браком муж приобрел американское гражданство. Благодаря этой перемене его второй брак был действителен как в Америке, так и в Германии; американскому гражданину, законным образом разведенному в соответствии с американским законом, не запрещается заключить в Америке действительный второй брак; то обстоятельство, что американский приказ о разводе не признается в Германии, уже больше не имеет значения. Возник вопрос: продолжает ли еще, с германской точки зрения, существовать первый брак, несмотря на действительнось второго брака? Конечно, нет. Поскольку должен быть признан второй брак, первый должен был быть расторгнут заключением второго брака, и апелляционный суд пришел к этому выводу, хотя его соображения были неудовлетворительны. Если этот вывод правилен, то он приводит к норме внутреннего права, которая должна быть признана всяким государством, отвергающим полигамию: первый брак считается расторгнутым, если один из супругов заключает второй брак и если этот второй брак действителен с точки зрения

[1] См., например, *Frankenstein*, III. 101. Против: *Reichel*, loc. cit; *Zitelmann*, II, 772.
[2] Jur. W. 1925, 2146. См. *Melchior*, 414.

той правовой системы, согласно которой первый брак был действителен до даты заключения второго брака[1].

Можно сильно сомневаться в том, пришел ли бы английский суд к такому же решению по аналогичному делу, т. е. если бы супружеская чета была домицилирована в Англии, когда получила развод в Америке, и муж до заключения своего второго брака в Америке с домицилированной американской женщиной добросовестно приобрел там домицилий. Если английский суд считает себя обязанным следовать решениям, вынесенным по делам Shaw v. Gould[2] и *In re* Sterling[3], то он будет рассматривать первый брак как еще действительный и, следовательно, второй брак как недействительный, хотя этот второй брак был заключен в Америке двумя домицилированными американцами и в соответствии с американским правом; вывод далеко не удовлетворительный.

БИБЛИОГРАФИЯ

Lorenzen, Répért., VI, 340. Cf. RVglHWB, IV, 419. *F. Schöndorf*, 75 Jherings Jahrb., 77. *Reichel*, 124 Arch. f. d. civilist, Praxis ,204. *Bates*,

---

[1] Примеры этой нормы можно найти в германском и австрийском внутреннем праве и в каноническом праве. 1) Если мужчина находится в безвестном отсутствии в течение долгого периода и германский суд вынес определение о смерти, его жена может вступить в новый брак, если только она не знает, что он в действительности находится в живых. Заключение нового брака имеет своим последствием расторжение первого брака; германский гражданский код. § 1348; германский Закон о браке 1938 г., ст. 432. 2) До 1938 г. австрийские римские католики по австрийскому закону не могли получить развод. Если они получали отлучение от ложа и стола, то брачные узы все же оставались в силе. Республиканское правительство, однако, пыталось им «помочь», выдавая истцам, на основании ст. 83 австрийского гражданского кодекса, освобождение от *impedimentum ligaminis* (связывающего препятствия). Более пятидесяти тысяч австрийцев—католиков получили такого рода разрешения на заключение так называемых «диспенсационных браков». Действие этих браков было сомнительно. Если они были действительны, как полагали многие юристы (*Holmannsthal*, Die Dispensehen, 1920; *Lenhoff*, Auflösung der Ehe and Wiederverehelichung, 1926), то первые браки должны были быть расторгнуты путем заключения второго брака, так как нельзя предполагать, что оба брака являются одновременно действительными. 3) По каноническому праву действительный и консумированный брак между двумя нехристианами расторгается, если один из супругов принимает крещение и заключает брак с лицом католического вероисповедания. Второй брак действителен при определенных условиях, благодаря privilegium Paulinum (I Corinth. VII, 12—15). См. Codex iuris canonici c. 1126: «Vinculum prioris coniugii, in infidèlitate contracti, tunc tamen solvitur cum pars fidelis reapse novas nuptias valide inierit» («Узы первого брака, заключенного с неправоверным, тогда только расторгаются, когда правоверная сторона действительно вступает в первый законный брак»). Ср. Германский верховный суд, Off. Coll., 152, 31.

[2] (1868). L. R. 3. H. L. Cass., 55 cf. (1865) I L. R. Eq., 247. См. об этом ниже, § 364.

[3] (1908) 2. Ch; 544.

Divorce and Separation of Aliens in France, New York, 1929. *Salvioli*, Riv. d. diritto internaz., 1927, 354. О еврейских разводах: *Messeca—Fara*, Nouv. Rev., 3, 685. О Гаагской конвенции: *Anzilotti* Riv. d. dir. internaz., 1908, 315. *Travers*, La convention de la Haye relative au divorce, 1909.

VI. РОДИТЕЛИ И ДЕТИ

Законнорожденность

359. *Различные системы, особенно английская система*

I. Вопрос о законнорожденности ребенка в большинстве европейских и латиноамериканских правовых систем разрешается личным законом мужа матери, т. е. в некоторых странах законом его гражданства, а в других—законом его домицилия. Если он в течение брака переменил свое гражданство или домицилий, решающей датой является дата рождения ребенка, а если ребенок родился после смерти отца, то дата этой смерти. В некоторых случаях датские суды признавали, что решающей датой не должна быть дата рождения ребенка, а дата его зачатия; французские теоретики придерживаются того же взгляда[1]. Но такой вывод, хотя логически и неопровержимый, едва ли удовлетворителен: неблагоразумно поставить юридические последствия в зависимость от обстоятельств, которые в большинстве случаев невозможно будет установить; а опасность того, что муж матери может в промежутке между зачатием ребенка и его рождением переменить свой личный закон с намерением оказать влияние на законнорожденность,—слишком маловероятна для того, чтобы ее стоило серьезно принимать в соображение.

Определение законнорожденности по личному закону мужа матери было отвергнуто[2] во Франции. Французские суды применяют личный закон ребенка[3].

По английскому праву личные законы матери, мужа и ребенка почти всегда совпадают, поскольку жена и ребенок разделяют домицилий мужа и отца. Нет сомнения в том, что право этого домицилия регулирует обсуждаемый нами вопрос. Еще не было, однако, решено, какое право применяется в тех редких случаях, когда домицилий матери отличается от домицилия ее покойного мужа, например, в случае рождения ребенка после смерти отца, если вдова переменила свой домицилий в промежутке между смертью мужа и ее разрешением от бремени. Некоторые английские суды попутно говорили о домицилии отца как о решающем домицилии[4], другие—о домицилии

[1] *Veith*, RVglHWB. IV, 421.
[2] См. *Frankenstein*, IV, 28, note 5.
[3] Ту же норму можно найти в кодексе Бустаманте, ст. 57.
[4] См. Re Goodman's Trusts (1881) 17 Ch. D. 266, 292 (Cotton, L. J.); Re Andros (1883) 24 Ch. D. 637 (Kay, J.)

ребенка[1]. Следует ожидать, что суды примут первый из этих взглядов. «Законнорожденность не является обстоятельством, воздействующим только на статус ребенка. Если незаконнорожденный ребенок узаконен, то это обстоятельство влияет не только на статус ребенка; статус предполагаемого отца также меняется»[2]. Законнорожденность касается отношений между ребенком и отцом, а эти отношения регулируются правом последнего отцовского домицилия. В случае рождения ребенка после смерти отца, право последнего домицилия отца решит, должен ли ребенок рассматриваться как его законный потомок, и матери ребенка не может быть разрешено изменить это решение созданием своего собственного нового домицилия до родов. Но не будет ли разумным подчинить праву домицилия матери, по крайней мере, вопрос о том, является ли ребенок ее законным потомком? Этот вопрос возникает как в случае рождения ребенка после смерти отца, так и в случае его рождения после развода его родителей в период беременности матери. Ответ отрицательный. Ребенок, являющийся незаконнорожденным ребенком своего отца по личному закону отца или не являющийся ребенком мужа своей матери, не может быть законным потомком своей матери. И, наоборот, ребенок, являющийся законным потомком своего отца, не может быть незаконнорожденным ребенком своей матери[3]. В отношении обоих родителей законнорожденность определяется только правом отцовского домицилия.

360. *Детали*

II. Необходимые условия для признания законнорожденности в различных странах весьма различны. Единодушие существует по одному основному принципу, по крайней мере — во всех странах европейской цивилизации: ребенок, зачатый в законном браке, считается законнорожденным, если он несомненно или возможно зачат мужем своей матери. Существует затем еще вторая норма, принятая большинством современных правовых систем (но не французским правом): ребенок, рожденный в браке, но зачатый до брака лицом, которое впоследствии стало мужем матери, считается законнорожденным[4]. Но действие этих двух руководящих

---

[1] Birtwhistle v. Vardill (1835) 2 Cl. and Fin. 571, 573; In re Don's Estate (1857) 4 Drew. 194, 197.

[2] *Green, M. R.*, и *Luxmoore, L. J.*, по делу Luck (1940) Ch. 864, 882.

[3] Против: Restatement, s. 137, 138; *Beale*, II, 704 et seq.

[4] Французское право, повидимому, рассматривает детей такого рода не как законнорожденных, а как узаконенных последующим браком. *Planiol*, I, no 1366, 1559; *Colin* et *Capitant*, 8-е изд., I, no 242. Против: *Cour de Cass.*, Dalloz Pér. 1930, I.51.

принципов в разных странах резко различается в деталях. Во всех континентальных правовых системах существует установленный законом период беременности; в английском праве этого нет. Согласно многим правовым системам, право оспаривания законнорожденности ребенка, рожденного замужней женщиной, сохраняется за ее мужем; в этом праве отказано как ребенку, так и его матери, несмотря на то, что они могут быть существенно заинтересованы в том, чтобы был признан подлинный статус[1]. Часто право мужа матери ограничено в отношении срока, и если он не осуществил этого права в течение законного периода, ребенок безоговорочно рассматривается как его законный ребенок, если он (муж) сам не умрет до истечения этого срока[2]. Английское право не содержит никаких ограничений такого рода; не только отец может в любое время доказывать, что ребенок не его, но любое лицо, заинтересованное в раскрытии истины (например, по соображениям наследования), имеет право это сделать. В Англии одного факта непринятия мужем мер к установлению своего «неотцовства» недостаточно для того, чтобы узаконить ребенка, который им не был зачат.

361. Процессуальные нормы

Вопрос о том, какие из этих коллизионных норм следует применять, (вероятно) должен определяться личным законом супруга, т. е. правом его домицилия. Этот взгляд, преобладающий в континентальных правовых системах, все же вызывает некоторые сомнения. Как мы уже видели[3], английское международное частное право в значительно большей степени, чем это делают континентальные системы, склонно рассматривать иностранные нормы как только процессуальные. Можно доказывать, что эти многообразные нормы, определяющие период беременности или исключающие право третьих сторон доказывать действительные отношения между ребенком и мужем его матери, являются не чем иным, как нормами о доказательствах или о процессе и что они по этим соображениям неприменимы в английском суде. Этот довод может быть подтвержден формулировками континентальных постановлений: если муж матери в установленный срок не предпринял никаких судебных мер к оспариванию законнорожденности ребенка,

---

[1] Пример: сын женщины хочет жениться на дочери ее мужа от предыдущего брака и должен, следовательно, быть в состоянии опровергнуть презумпцию о том, что эта дочь—его «сестра».

[2] Поэтому законорожденность ребенка, рожденного после смерти отца, может оспариваться кем угодно—даже по германскому гражданскому кодексу; см. § 1593 и след.

[3] Выше, §§ 170, 218 и след.

им не зачатого, то ребенок должен рассматриваться как законнорожденный. Германский гражданский кодекс, однако, тщательно избегает называть такого ребенка законнорожденным,— он трактует о незаконнорожденном ребенке, на незаконнорожденность которого «нельзя ссылаться»[1]. Тем не менее, было бы неправильно полагаться на такую неподходящую терминологию, ибо если никому не разрешается ссылаться на то, что ребенок незаконнорожденный, то это означает, что юридически он законнорожденный. Германский кодекс[2] предоставляет мужу, в отличие от других лиц, подлинное материальное право оспаривать свое «отцовство». Если он это право осуществляет, он тем самым изменяет статус ребенка: оспоримую законнорожденность он превращает в незаконнорожденность. Если он, с другой стороны, не осуществляет этого права в установленный срок, то оспоримая законнорожденность становится вполне действительной законнорожденностью. Это последствия материального, а не процессуального характера. Гораздо больше сомнений вызывает вопрос о том, являются ли чисто процессуальными нормы, устанавливающие определенные периоды беременности. Эти нормы в каждой стране различны. Когда, например, французский закон определяет начало беременности не раньше чем в трехсотый день и не позже чем в стовосьмидесятый день до рождения ребенка, то это можно рассматривать как норму о доказательстве, которое должно установить, был ли ребенок зачат мужем или нет. Но французское постановление также содержит и материальную норму, а именно: ребенок, рожденный позже чем через триста дней после расторжения брака, считается незаконнорожденным, даже если определенно известно, что он зачат от мужа[3]. Тенденция английских судов рассматривать материальные нормы как чисто процессуальные[4] может быть оправдана только в отношении периода беременности[5]; результат в этом случае не противоречит справедливости, так как система английского внутреннего материального права, избегающая установления такого периода,

[1] «Die Unehelichkeit des Kindes kann nicht geltendgemacht werden». Французский гражданский кодекс (ст. 312, § 2, 313) также употребляет процессуальные термины.

[2] То же относится и к французскому гражданскому кодексу.

[3] Гражданский кодекс, ст. 312. В германском законе (§ 1592 гражданского кодекса) 300-й день был заменен 302-м днем, и период беременности может быть растянут даже дольше этого срока. Нам поэтому кажется правильным рассматривать германскую норму как процессуальную в английском смысле.

[4] См. выше, § 170.

[5] Французский гражданский кодекс, с другой стороны, отличает нормы, касающиеся доказательств, допустимых в делах об отцовстве (например, ст.ст. 319—326), от материальных норм. Первые из этих норм, конечно, неприменимы в английском суде.

быть может, более предпочтительна в этом отношении, чем континентальные системы.

III. Для установления законнорожденности требуется, чтобы рождение ребенка произошло в течение действительного брака или в течение определенного периода после расторжения брака.

362. Действительный брак

1) В тех случаях когда брак недействителен, но о его недействительности еще не было вынесено решение, многие правовые системы предоставляют детям, рожденным в таком браке, положение законного потомка, иногда обусловливая это тем, что супруги, или, по крайней мере, один из них, действовали добросовестно при заключении брака[1]. Некоторые другие системы рассматривают детей как законных, даже если оба супруга знали, что их брак был недействителен[2]. Английское внутреннее материальное право отличается от обеих этих групп правовых систем: потомство от недействительного брака считается незаконнорожденным. Но английские суды (вероятно) будут применять иностранное право домицилия, который имел отец в момент рождения ребенка, или последнего отцовского домицилия в случае рождения ребенка после смерти отца. Материнский домицилий несущественен; даже когда законнорожденность ребенка, рожденного в «мнимом браке», основана на добросовестности матери, если отец действовал недобросовестно, то решающим все же является право домицилия отца, а не матери[3].

2) Вопрос о том, является ли союз между родителями действительным браком, как правило, решается коллизионной нормой отцовского домицилия, а не английского суда. Так как закон домицилия является решающим для решения вопроса о законнорожденности, а законнорожденность зависит от действительности брака, то английский суд будет «рассматривать себя заседающим в стране отцовского домицилия» и будет решать о действительности брака так же, как это делал бы суд этой страны[4]. Это особенно важно в случаях «хромающих» или полигамических браков.

---

[1] Система так называемых «мнимых браков», действующая в Германии, Франции, Австрии, Италии, Бельгии, Нидерландах, Шотландии, Южной Африке и т. д.

[2] Так, например, в частности, в Швейцарии, Швеции, Норвегии, Греции и в некоторых штатах Соединенных Штатов Америки; о Калифорнии—см. дело штата Коннектикут—Moore v. Saxton, *Lorenzen*, Cases (3rd ed.) 776.

[3] О другом взгляде, существующем в Соединенных Штатах Америки, см. Restatement, §§ 137, 138.

[4] См. выше, §§ 196—200.

363. *«Хромающие браки»*

а) Допустим, что двое домицилированных греков заключили брак в Англии перед греческим священником и что английский суд должен решить вопрос о законности ребенка, рожденного в этом союзе. По английскому праву этот брак считается недействительным, хотя он действителен по греческому праву. Поскольку законность рождения зависит от права отцовского домицилия, т. е. греческого права, а по греческому праву ребенок считается законнорожденным, мы полагаем, что и английский суд также будет рассматривать его как законнорожденного. Лицо, считающееся законнорожденным в стране домицилия своего отца, как правило, будет считаться законнорожденным в любой стране, определяющей законнорожденность по праву домицилия. Это правило, однако, хотя вообще и верное, допускает, как мы уже показали выше, одно исключение[1]: имеются случаи, когда признание английским судом действительности брака влечет за собой нарушение принципов справедливости. В таких случаях английский суд на основании своих собственных коллизионных норм трактует брак как недействительный и поэтому отрицает законнорожденность ребенка.

364. *Shaw v. Gould*

Это положение, повидимому, может служить базой для объяснения решения по сложному делу Wilson's Trusts (*Shaw v. Gould*)[2].

Основные факты этого дела заключаются в следующем: английская шестнадцатилетняя девушка Елизавета Хиксон обманным путем в 1828 г. была вовлечена в брак с домицилированным англичанином, по имени Бэкстон. Немедленно после брака вмешались ее друзья и забрали ее от мужа; брачные отношения не имели места. Бэкстон был признан виновным и приговорен к трем годам тюремного заключения. Шестнадцать лет спустя Елизавета была помолвлена с домицилированным англичанином Шоу. Так как по английскому закону того времени развода нельзя было получить, помолвленные задумали расторгнуть первый брак Елизаветы через Шотландский верховный гражданский суд. Они склонили Бэкстона прожить в Шотландии сорок дней, в результате чего, согласно шотландскому закону, была установлена юрисдикция шотландского суда, так называемый *forum domicilii*. В 1846 г. шотландский суд вынес приказ о разводе, и Елизавета заключила с Шоу брак в Шотлан-

[1] См. выше, § 200.

[2] In re Wilson's Trusts (1865) L. R. I Eq. 247 (Kindersley, V. C.) и под наименованием Shaw v. Gould (в палате лордов) (1868) L. R. 3 H. L. Cas. 55—99.

дии, где он приобрел действительный домицилий. Бэкстон оставался домицилированным в Англии. Пока Бэкстон оставался в живых, Елизавета имела от Шоу троих детей. В связи с толкованием английского завещания возник вопрос о том, являются ли эти дети ее «законными» детьми. Палата лордов единогласно[1] подтвердила решение вице-канцлера Киндерслея, признавшего детей незаконнорожденными.

Мотив этого вызывающего удивление решения (которое при таком фактическом составе дела было особенно неудачным) заключался в том, что хотя законнорожденность должна была определяться (шотландским) правом отцовского домицилия и хотя по шотландскому закону брак 1846 г. был действителен, поскольку шотландское решение о разводе было бесспорно,— английский суд не нашел возможности признать это шотландское решение и, следовательно, признать действительность второго брака. Судьи вывели свое заключение о недействительности развода отчасти из решения по делу Лолли[2], согласно которому английский брак не может быть расторгнут иностранным судебным решением по основаниям, по которым этот брак не подлежал расторжению в Англии[3]; отчасти из того факта, что развод был получен обманным образом или как результат «заранее обдуманного плана»[4]; отчасти судьи исходили также из того соображения, что шотландское право, допуская вынесение решения о разводе «судом домицилия» (*forum domicilii*) после сорокадневного постоянного пребывания в Шотландии, допускает нарушение «норм международного публичного права»[5], так как такое допущение приводит к тому, что шотландский суд «узурпирует права и функции суверенитета над подданными другой страны». Лорд Кранворс полагал, далее, что если бы после второго брака Бэкстон и Елизавета снова сожительствовали вместе и появилось бы потомство, то это потомство было бы законным, и что «нельзя доказывать, что потомки обоих союзов должны участвовать (в насле-

---

[1] Лорд Колонсэй согласился только после больших колебаний и заметил, что трудно было примирить (решение) с общими принципами права или с общепризнанными нормами международного права (pp. 96, 97). Он, однако, не сказал, на какие принципы и нормы он ссылается.

[2] (1812) Russ and Ry. 237, 239 и в деле McCarthy v. De Caix (1835) 2 H. L. Cas. 569, 570.

[3] По мнению лорда Брум (по делу Warrender v. Warrender (1835) 2 Cl. and Fin. 488, 541, 549) дело Лолли было решено на основе даже более широкого принципа: «никакие иностранные судебные действия в отношении развода не могут воздействовать на английский брак».

[4] Например, лорд Челмсфорд, p. 79, между тем как лорд Кранворс отказался решить дело на основании обмана (p. 69).

[5] Так, например, лорд Вестбери p. 81, 82, вслед за Киндерслеем V. C. (1 L. R. Eq. 257).

дованиш) совместно»[1]. Ни одно из приведенных соображений нам не кажется убедительным. Дело Лолли, которое никогда не было хорошим прецедентом[2], утратило всякую ценность в связи с изданием английского Закона о разводе (Divorce Act) 1857 г. Непризнание шотландского решения о разводе английским судом вытекает единственно из того факта, что по английскому праву шотландский суд не обладал юрисдикцией, независимо от того, было ли это решение добыто обманным путем, или в результате заранее обдуманного плана, или добросовестно. Трудно понять, почему можно упрекать шотландское право в нарушении норм международного публичного права. Нет ни одной нормы международного публичного права, которая обязывала бы европейские нормы (или страны) наделять юрисдикцией в отношении бракоразводных дел только суды домицилия в английском смысле этого понятия. Наконец, неблагоприятные последствия, на которые указал лорд Кранворс, не хуже того положения, которое создается, если дети Елизаветы рассматриваются как законнорожденные в Шотландии и как незаконнорожденные в Англии. Мы полагаем, что решение по делу Shaw v. Gould может служить прецедентом только для тех случаев, когда законнорожденность основана на решении о разводе, вынесенном иностранным судом, не обладающим юрисдикцией, и когда признание английским судом отдаленных последствий этого решения особенно противоречило бы английским принципам справедливости, если учесть те обстоятельства, при которых это решение было получено[3].

365. *Полигамические браки*

б) Потомки, рожденные в полигамических браках, признанных действительными в домицилии мужа (в Индии, Иране и т. д.), считаются законными даже в странах, где полигамические браки не рассматриваются как браки. См. выше, § 299.

---

[1] P. 71.

[2] См. критику лорда Брума, loc. cit., и д-ра Лашингтона в деле Conway v. Beazley, 3 Hagg. Eccl. Rep. 639, 644.

[3] Дело Shaw v. Gould, таким образом, является иллюстрацией разработанной выше (§§ 196—200) нормы, касающейся трактовки предварительных (побочных) вопросов. Это решение подверглось резкой критике со стороны Чешайра, 385 (см. также *J. H.C. Morris*, Cases, p. 188). На это решение делается ссылка в решении по делу Stirling (1908) 2 Ch. 344. Но это дело не было решено на основании дела Shaw v. Gould. По делу Stirling решение, расторгнувшее первый брак, было недействительно не только в первом домицилии мужа, но и во втором его домицилии, а равно и в месте заключения второго брака; таким образом, суд должен был только вынести решение по вопросу о том, должен ли брак рассматриваться как «мнимый» или нет.

Отношения между родителями и законнорожденными детьми

366. Принцип

Большинство правовых систем подчиняет отношения между родителями и детьми, рожденными в законном браке, личному закону отца, а после его смерти — личному закону матери. Очень немногие системы, среди них особенно кодекс Бустаманте[1], провозглашают решающим личный закон ребенка. Но все системы сходятся на том, что, поскольку вопрос касается прав и обязанностей родителей в отношении личности ребенка, — *lex fori* должен иметь заметное влияние; континентальные суды оправдывают это влияние требованиями публичного порядка.

Английское право в этом отношении не совсем ясно. Большинство возникавших в других судах проблем еще не возникало перед английскими судами. Поскольку домицилии отца и ребенка совпадают в период несовершеннолетия ребенка, то трудно сказать, какой из них является решающим, когда ребенок достиг совершеннолетия и создал свой собственный домицилий[2]. Нам кажется вероятным, что суд выскажется в пользу отцовского домицилия, так как домицилий ребенка по происхождению определяется этим отцовским домицилием.

367. Детали

1) Права и обязанности отца в отношении н е д в и ж и м о г о имущества, несомненно, регулируются законом местонахождения имущества. Его права и обязанности в отношении д в и ж и м о г о имущества ребенка определяются законом отцовского домицилия. Этот закон должен сказать, имеет ли отец право и обязан ли он управлять таким имуществом, имеет ли он право на узуфрукт (на вещное право пользования. *Прим. перев.*) в отношении этого имущества или хотя бы части его[3]; обладает

---

[1] Ст. ст. 69, 70 кодекса.

[2] Едва ли необходимо упоминать о том, что правоотношения между родителями и детьми не прекращаются с достижением ребенком совершеннолетия. Хотя так называемая «отцовская власть», встречающаяся во всех континентальных системах, и «отцовская власть» французского, германского и швейцарского права прекращается, когда ребенок достигает совершеннолетия, еще остается много обязанностей, не зависящих от возраста ребенка: например, взаимные обязанности предоставлять содержание или обязанность родителей (по германскому праву) дать своей дочери приданое при вступлении ее в брак.

[3] См. фактические обстоятельства по делу Gambier v. Gambier (1835) 7 Simons Rep. 263. Решение, однако, не поучительно: судья вначале упоминает право страны, «в которой дети случайно находятся», затем право их «резиденции», наконец, право их «домицилия» (все эти места в обсуждавшемся судом случае были одни и те же), не указав, какой критерий является решающим.

ли дочь законным правом на получение от своих родителей при ее вступлении в брак приданого или чего-либо подобного[1]. Право домицилия отца также регулирует его права и обязанности в отношении личности ребенка. Но пока ребенок находится в Англии, эти права ограничиваются лишь теми правами, которыми английский закон наделяет английского отца[2]. Таким образом, отец-иностранец, наказывая своего сына и переходя при этом границы того, что английское право рассматривает как разумное наказание, не может ссылаться на свой личный закон, который, возможно, допускает такое наказание. Далее, осуществление отцовских прав подчинено праву английского суда вмешаться в интересах ребенка или по соображениям публичного порядка. Так, например, отец-немец, который в период войны 1914—1918 гг. предъявил иск о возвращении в Германию его детей, британских подданных, был признан превысившим свои права[3]. В то же время суд по делу Nugent v. Vetzera[4] отказался воспрепятствовать австрийцу вернуть в Австрию своих детей, имевших австрийское гражданство, но воспитывавшихся в Англии.

2) Право домицилия отца иногда требует участия суда при осуществлении отцовских прав. Согласие суда, например, необходимо, когда отец заключает определенные договоры от имени своего сына или дочери. Суд также может быть уполномочен регулировать в деталях соответствующие права разведенных родителей в отношении опеки и т. п. Эти нормы, основанные на публичной обязанности суверена защищать *homines minus potentes*, носят территориальный характер и, следовательно (если они иностранные), неприменимы в Англии. Они будут заменены соответствующими нормами английского права.

368. Прекращение отцовской власти

3) Личный закон отца также решает, при каких обстоятельствах прекращает свое существование отцовская власть. По всем европейским правовым системам эта власть прекращается, когда сын или дочь перестают быть несовершеннолетними, но на вопрос о том, в каком возрасте мужчина или женщина достигает совершеннолетия, ответ дает право домицилия сына или дочери, а не право отцовского домицилия. Если домицили-

[1] См., например, германский гражданский кодекс, §§ 1620, 1623,— как противоположные французской норме: «ne dote qui ne veut» (кто не хочет, тот не дает) (ст. 204 французского гражданского кодекса).

[2] *Westlake*, p. 44, s. 4; *Dicey*, rule 142.

[3] Uhlig v. Uhlig (1916) 33 T. L. R. 63.

[4] (1866) L. R. 2 Eq. 704, 713. Авторитетность этого решения, к счастью, была подвергнута сомнению в решении по делу B's Settlement (1940) Ch. 54. См. дальше, стр. 439.

рованная дочь-англичанка в период своего несовершеннолетия вступает в брак с домицилированным швейцарским гражданином и тем самым приобретает швейцарское гражданство и домицилий, она, согласно швейцарскому праву, автоматически достигает совершеннолетия[1]; это право подлежит применению как по английским, так и по швейцарским коллизионным нормам. По личному закону ее отца, т. е. по английскому праву, брак не влечет за собой совершеннолетия; тем не менее, отец утрачивает свою отцовскую власть.

Когда отец умирает, право его последнего домицилия решает, переходят ли его права к матери ребенка или же должен быть назначен опекун. Если мать приобретает «отцовскую власть», то содержание этой власти определяется правом ее домицилия.

369. Перемена домицилия

4) Подлежащее применению право меняется, если отец (или мать) меняет свой домицилий. Принцип «изменимости» здесь сохраняется так же, как и в отношении юридических последствий брака. Этот принцип принят даже теми континентальными системами, которые в области права, регулирующего супружеские имущественные отношения, предпочитают систему «неизменности».

370. Обязанность предоставлять содержание

5) Остается под сомнением, какое право применяется в отношении обязанности предоставлять содержание, кроме тех случаев, когда обязанности этого рода имеют место между отцом и детьми. В большинстве стран восходящие и нисходящие обязаны при определенных обстоятельствах содержать друг друга. Французский кодекс признает взаимные обязанности давать содержание даже между тестем и тещей—с одной стороны, и зятем и снохой—с другой[2]. Согласно английскому праву, отчим обязан содержать ребенка своей жены так же, как если бы этот ребенок был членом его семьи[3]. Итальянский кодекс объявляет братьев и сестер обязанными содержать любого (или любую) из них, не способного (или не способную) содержать себя самостоятельно вследствие физического или психического недостатка[4], в то время как швейцарский кодекс устанавливает между братьями и сестрами обязанность содержать друг друга

[1] Швейцарский гражданский кодекс, ст. 14, § 2: «Heirat macht mündig» (брак делает совершеннолетним).

[2] Гражданский кодекс, ст. ст. 206, 207.

[3] S. 14 (3) Poor Law Act, 1930 (20 Geo. V, c. 17). Та же норма сохраняется в Швеции и в Нидерландах.

[4] Гражданский кодекс, ст. 141.

без каких-либо ограничений[1]. В принципе разумно подчинить обязанность давать содержание праву домицилия того лица, от которого содержание требуется. Таким образом, право домицилия отца решает, обязан ли он содержать своих детей после достижения ими совершеннолетия[2]; право домицилия сына определяет, обязан ли он содержать своего отца или нет. Хотя таково господствующее всюду мнение, иногда все же утверждали, что предъявление требования о содержании может быть разрешено только в том случае, если оно признается личным законом как ответчика, так и истца. Согласно этому утверждению, требование домицилированного англичанина, не способного содержать себя самостоятельно, обращенное к его швейцарскому богатому брату, должно было бы быть отклонено, так как при обратном положении (при наличии богатого англичанина и его бедного швейцарского брата) иск о содержании не мог бы быть удовлетворен. Едва ли, однако, возможно выдвинуть какой-либо разумный довод в пользу этого мнения. В частности, предлагаемое положение не должно основываться на взаимности, во-первых, потому, что многие правовые системы предусматривают исключительно одностороннюю обязанность давать содержание; в Англии, например, прародители обязаны содержать своих внуков, но внуки не обязаны содержать своих прародителей[3]; во-вторых, потому, что не существует никакой действительной взаимности даже в области чисто внутреннего материального права, поскольку обязанности предоставлять содержание никогда не существует для обеих сторон в одно и то же время[4].

По этим соображениям нам кажется правильным поддержать преобладающее мнение, согласно которому решающим является только право домицилия должника. Но сомнительно, чтобы английский суд допустил какой-либо иск о содержании, основанный на иностранном праве. Все обязанности родственников давать друг другу содержание в Англии составляют часть законодательства о бедных, их задача заключается в оказании помощи приходу. Если английский суд обладает юрисдикцией, он, следовательно, будет применять английское право даже в том случае, если лицо, обязанное давать содержание другому лицу, домицилировано за границей. Этот же взгляд воспринят во Франции, Бельгии, Италии и Швейцарии[5], и он базируется на требованиях публичного порядка.

---

[1] Ст. ст. 328, 329.

[2] Coldingham Parish Council v. Smith (1918), 2 K. B., 90.

[3] Ст. 14 (I) Закона о бедных (Poor Law Act), 1930 г.

[4] *Zitelmann*, II. 908.

[5] *Bartin*, II, 365. Cour de Cass., Sirey, 1925. I, 27. См. *Frankenstein*, IV. 211. d. О швейцарском праве: *Schnitzler*. I. P. R., 220.

Узаконение

371. *Различные виды узаконения*

Существуют различные способы, которыми незаконные дети могут быть узаконены. В большинстве стран узаконение осуществляется последующим браком родителей ребенка; иногда (Франция) такому браку должно предшествовать признание ребенка его отцом, но большей частью узаконение достигается одним только фактом брака[1]. Многие правовые системы допускают узаконение сувереном[2] или какой-либо другой компетентной властью[3]. Этот способ особенно полезен в тех случаях, когда брак между родителями невозможен (например, если мать умерла или когда одна из сторон уже состоит в браке с третьим лицом) или когда нельзя ожидать, чтобы отец женился на матери ребенка. В большинстве стран узаконение, совершенное этим способом, не влечет за собой таких же последствий, какие порождает узаконение через последующий брак[4]. Наконец, по некоторым правовым системам для узаконения незаконнорожденного ребенка достаточно простого признания со стороны его отца. Такое узаконение путем признания может быть осуществлено в форме усыновления; иногда узаконение так и называется усыновлением; в этом случае термин: «усыновление» употребляется вольно, не в обычном его значении[5].

372. *Узаконение через брак. Общее право*

Какому праву подчиняется узаконение?

1) Узаконение через последующий брак определяется личным законом отца. Если он переменил свой домицилий в промежутке между рождением ребенка и браком, то, согласно Закону от 1926 г. (Legitimacy Act)[6], решающим является его

---

[1] Так, например, в римском, римско-голландском праве, в германском, австрийском, венгерском и скандинавских правовых системах и—со времени издания Legitimacy Act'a, 1926 г.,—в английском праве.

[2] Узаконение *per rescriptum principis* (*seu Papae*) (приказом императора или папы) ведет свое начало от римского и канонического права. Его можно еще найти, в частности, в Италии, Нидерландах и в Скандинавских государствах.

[3] Судья (Швейцария), председатель суда (Германия), министр юстиции (Греция) и т. д. Французское право не допускает такого узаконения через акт государства.

[4] По германскому праву, например, между узаконенным ребенком и женой отца или его родственниками не возникает никаких правоотношений в результате узаконения через государственный акт, между тем как узаконение через последующий брак ставит ребенка в точно такое же положение, как если бы он был рожден в браке. См. § 1737 германского гражданского кодекса.

[5] См. In re Luck (1940) Ch. 864, касающееся калифорнийского права.

[6] 16 и 17 Geo. V, c. 60, s. 8 (I).

домицилий в момент совершения брака. До вступления в силу этого закона английское общее право не признавало узаконение действительным, если оно не разрешалось законом или законами обоих домицилиев—домицилия, который отец имел на день рождения ребенка, и его домицилия на день заключения брака[1]. Английские суды оправдывали эту норму тем, что, как выразился судья Коттон, ребенок при рождении должен обладать «способностью быть узаконенным через последующий брак»[2] или, по выражению судьи Фрея, «способностью изменять свой статус незаконнорожденного на статус законнорожденного»[3]. Но ни одно из этих утверждений не объясняет, почему ребенок должен рождаться с такой «способностью». Существует ли в мире еще какая-либо иная право- и дееспособность, которая действует только в том случае, если она существует в момент рождения?Похоже на то,что соображения судов прикрывали их желание по возможности затруднить признание иностранных узаконений; эта тенденция была понятна в то время, когда английское внутреннее материальное право не допускало никакого узаконения незаконнорожденных.

373. Нормы закона

Закон 1926 г., внося поправки в английское внутреннее материальное право, вместе с тем заменил старую коллизионную норму новой, построенной на принципе континентального международного частного права[4].

Право отцовского домицилия на день заключения брака решает:

а) Выполнены ли необходимые (предварительные) условия, в частности, необходимо ли признание ребенка родителями и, если оно необходимо, выражено ли оно в надлежащей форме. Если о признании было заявлено не в стране домицилия отца,

---

[1] Re Wright's Trusts (1856) 25 L. J. Ch. 621; Re Goodman's Trusts (1881) 17 Ch. D. 266. Re Grove (1888) 40 Ch. D. 216.

[2] Re Grove (выше), p. 232.

[3] Там же, p. 238.

[4] Старая норма общего права, вероятно, основывалась на канонической теории фикций. Комментаторы Corpus iuris canonici (например. Panormitanus ad c. 6 X. 4, 17) оправдывали узаконение через последующий брак, считая, что брак якобы был заключен ко времени рождения ребенка: «fingitur matrimonium a principio fuisse contractum». Но обратная сила, согласно этой доктрине, предполагает, что заключение брака было бы возможно и в более раннее время,—другими словами, что ко времени рождения ребенка родители были бы способны заключить действительный брак. См. *Esmein*, Le mariage en droit canonique, II. 44, note 3. *De Becker*, De sponsal. et matrimonio (Brussels, 1896), 374; *Kogler*, 25, Zeitschr. d. Savigny Stiftung, 94. Современное каноническое право отклоняет какое бы то ни было обратное действие узаконения: c. 1116 Cod. iur, can. См. *Triebs*, Handbuch des kanon. Eherechts, IV (1932), 677.

то от права этого домицилия зависит, требуется ли соблюдение формальностей, предусмотренных законом места оформления признания. Следуя примеру канонического права[1], многие правовые системы отказывают в привилегии на узаконение детям, рожденным в прелюбодеянии или от кровосмесительной связи,—таковы французская, итальянская, испанская, шотландская, южноафриканская системы. Другие системы, как, например, германская, швейцарская и скандинавская, не исключают возможности узаконения для потомков, рожденных в прелюбодеянии, или даже для детей от кровосмесительных связей (*liberi incestuosi*) в тех редких случаях, когда, несмотря на кровосмешение, брак между родителями действителен[2]. В английском Законе от 1926 г.[3] принят первый из приведенных принципов: потомки, рождающиеся от прелюбодеяния, не могут быть узаконены последующим браком. Но эта норма содержится только в английском внутреннем материальном праве. В тех случаях, когда, согласно английскому международному частному праву, применяется право иностранного домицилия отца, английская норма, направленная против узаконения детей, рожденных в прелюбодеянии, неприменима, и решение вопроса о том, могут ли такие дети быть узаконены, зависит исключительно от права домицилия[4].

374. Последствия узаконения

б) Право домицилия отца также регулирует последствия узаконения. Оно, главным образом, решает, создает ли узаконение статус полной законнорожденности, начиная от даты брака, или же имеет обратное действие, начиная от даты рождения ребенка. Английская норма, повидимому, допускает обратное действие узаконения[5], между тем как континентальные нормы его отвергают. Почти всюду законные и узаконенные дети имеют одинаковый правовой статус. Имеются, однако, некоторые исключения, например, в отношении имущества, пере-

---

[1] Ныне cod. iur. canonici, c. 1116.

[2] Например, когда, как это имеет место в португальском праве, брак между двоюродными братом и сестрой в момент рождения ребенка был запрещен как кровосмесительный, но вследствие изменения законодательства был разрешен в момент заключения брака между родителями. Другой пример можно найти в современном английском праве, когда ребенок зачат разведенным мужем в сожительстве с сестрой его первой жены, а затем последний женится на ней после смерти жены.

[3] Раздел I (2).

[4] См. решение по делам: Askew (1930) 2 Ch. 259; Collins v. Att. Gen. (1931) 47 T. L. R. 484. По первому из этих дел как рождение ребенка, так и брак его родителей имели место до введения в действие Legitimacy Act; по второму делу рождение и брак имели место после введения в действие этого закона.

[5] См. Судья Скотт по делу Luck (1940) Ch. 864, 898.

ходящего вместе со званием или почетным титулом[1]; имеет место также исключение узаконенных лиц из наследования в отношении недвижимого имущества, в качестве «наследников»[2], или в отношении ленов[3]. Такие исключительные нормы, касающиеся наследования недвижимости, применяются, если они предусматриваются законом места расположения имущества. Вопрос о том, приобретает ли узаконенный ребенок гражданство своего отца, разрешается в соответствии с правом государства, в гражданстве которого состоит отец[4]. Вопрос о праве наследования в имуществе отца при отсутствии завещания зависит от правовой системы, регулирующей наследование, т. е. в отношении недвижимости—от права местонахождения имущества, в отношении движимого имущества—от права отцовского домицилия. Если эти нормы допускают наследование для узаконенных детей, то и вопрос о том, считается ли данный ребенок узаконенным (вероятно) разрешается тем правом, которое подлежит применению согласно коллизионной норме правовой системы, регулирующей наследование[5].

375. Узаконение изданием рескрипта

2) Еще нет установившегося мнения о том, какое право регулирует узаконение изданием рескрипта суверена или государства, а также узаконение простым признанием отцовства. Континентальные коллизионные нормы отсылают либо к личному закону отца на день узаконения (германская система), либо—к личному закону как отца, так и ребенка (французская, швейцарская и итальянская системы). Ни одна из этих систем не принимает во внимание права, существовавшего на день рождения ребенка. В этом отношении английское право отличается от обеих систем. Соответствующий вопрос возник по делу Лака[6], фактическая сторона которого заключается в следующем: Давид Лак, незаконнорожденный, родился в 1906 г. в Калифорнии, где была домицилирована его мать, между тем как его отец имел

---

[1] См. ст. 10 английского закона; Codex iur. canon., c. 232, § 2, № 1; c. 331 § I, № 1; c. 320, § 2.

[2] Cp. Birtwhistle v. Vardill (1826) 5 B and C 438 (1830) 2, Cl. and Fin 571, 582 (1840) 7 Cl. and Fin. 895, 940.

[3] См. Libri feudorum (XII век), II. 26 § I: «naturales filii, licet postea fiant legitimi, ad successionem feudi nec soli nec cum aliis vocantur» (внебрачные дети, хотя бы впоследствии и узаконенные, не призываются к наследованию лена — как одни, так и вместе с другими). Против этого взгляда германское феодальное право: см. Германский верховный суд, Offic. Coll., 12, 239.

[4] Abraham v. Att.—Gen. (1934) P. 17, 25.

[5] См. *F. A. Mann*, loc. cit., p. 127 et seq., и выше, § 196.

[6] (1940) Ch. 323 и (C. A.) 864.

английский домицилий. Впоследствии, в 1925 г., отец приобрел калифорнийский домицилий и женился на другой женщине, а не на матери своего сына, и посредством акта, именуемого усыновлением, признал юношу своим узаконенным ребенком и тем самым сделал его, согласно калифорнийскому праву, законнорожденным с момента его рождения. Апелляционный суд в решении, вынесенном большинством голосов (при особом мнении судьи Скотта), признал, что этот юноша остался незаконнорожденным. Суд по аналогии применил старую норму общего права, установленную для случаев узаконения через последующий брак. Следовательно, узаконение признанием требует, чтобы личный закон отца как в момент рождения ребенка, так и на день его признания допускал узаконение признанием[1]. Можно, однако, сомневаться в том, насколько эта аналогия правильна. Судья Скотт в своем особом мнении отрицал возможность прибегнуть в данном случае к такой аналогии; по его мнению, во внимание должна приниматься только дата признания. Мы полагаем, что этому мнению следует отдать предпочтение, по крайней мере в тех случаях, когда акт признания не имеет обратного действия[2].

Право отцовского домицилия также определяет последствия действительного узаконения рескриптом или признанием. Дети, узаконенные одним из этих способов, как правило, не приобретают полного правового положения законных детей[3], как это имеет место при узаконении детей последующим браком.

БИБЛИОГРАФИЯ

Veith, RVglHWB, IV, 432. *F. A. Mann*, 57 L. Q. R. (1941) 112. *Goodrich* Michig, L. R. (1924) 638. *Pollack*, 26 Cornell L. Q. (1941), 460.

Усыновление

376. *Большие различия между разными системами внутреннего материального права*

I. Узаконение представляет собой легализацию естественных отношений, вытекающих из кровного родства. Усыновление создает искусственные отношения, фиктивное родство. Его условия, его цели и его последствия резко различаются в разных странах и при различных типах цивилизации. В Восточной

---

[1] В случае узаконения рескриптом старая норма общего права, бесспорно, неприменима.

[2] См. выше, стр. 423, прим. 4.

[3] Иначе: швейцарский гражданский кодекс, ст. 263. Ср. выше, стр. 423, прим. 4.

Азии усыновление служит для поддержания культа предков; когда-то в европейском законодательстве оно являлось средством для подкрепления ослабевших семей. В современной Европе усыновление служит индивидуальным интересам бездетных лиц и в некоторых государствах поощряется в интересах детей, не имеющих родителей. Во многих странах отцу разрешается усыновить своих собственных незаконнорожденных детей[1], хотя это не является основной целью института усыновления, и некоторые современные правовые системы даже запрещают такую форму усыновления (Италия[2], Болгария и—до 1914 г.—Австрия). Английское и шведское право разрешает усыновление только несовершеннолетних, но в большинстве стран таких ограничений нет. В разных странах установлен различный возраст, с наступлением которого разрешается кого-либо усыновлять[3]. Всюду действует норма римского права, исходящая из того, что усыновление «подражает природе», и поэтому усыновитель должен быт значительно старше усыновляемого; но в деталях существует большое различие[4]. Методы усыновления также очень разнообразны. В большинстве стран требуется соглашение об усыновлении, заключенное между усыновителем и усыновляемым или его законным представителем. Как правило, необходимо согласие других лиц (родителей ребенка, супруги усыновителя) и утверждение усыновления судом или другим органом власти. В то время как по большинству правовых систем (Англия, Италия, Испания, Швейцария и Скандинавские государства) согласие или отказ в утверждении усыновления всецело зависит от усмотрения суда, германское и австрийское законодательства предоставляют сторонам право требовать судебного утверждения, если все необходимые юридические условия усыновления выполнены.

Еще больше разнообразия можно найти в отношении постановлений о последствиях усыновления. Обычно права и обязанности действительных родителей или опекуна в отношении попечения и воспитания прекращаются и заменяются соответствующими правами и обязанностями усыновителя. Только в Италии отцовская власть сохраняется за действительными родителями, а усыновитель приобретает только право

---

[1] По калифорнийскому праву см. дело Luck (1940), Ch. 864.

[2] Итальянский гражданский кодекс 1938 г., ст. 291.

[3] 50 лет—в Германии; 45—в Испании; 40—в Швейцарии, Франции, Австрии; 25—в Англии и Скандинавских странах.

[4] Разница в возрасте между усыновителем и усыновляемым большей частью устанавливается в 18 лет (Германия, Италия, Швейцария и т. д.); в Англии—21 год.

давать родительское согласие на брак или отказывать в нем. В то же время, с точки зрения английского права, даже обязанности действительных родителей давать содержание считаются полностью прекратившимися и заменяются соответствующим обязательством усыновителя[1]. Усыновление всюду создает своего рода родство между усыновителем и усыновленным лицом; немногие правовые системы распространяют это родство на потомков усыновленного (Италия, Австрия и, с известными ограничениями, Германия). Существуют, наконец, многообразные решения сложной проблемы наследования. Большинство европейских систем предоставляет усыновленному право наследования—как в отношении имущества его действительных родителей, так и имущества усыновителя, между тем как в случае смерти усыновленного только его действительные родители, а не усыновитель, имеют право наследования. Английское право дает другое решение[2] этого вопроса, поскольку приказ об усыновлении не «наделяет усыновленного никаким правом на имущество в качестве ребенка усыновителя». Во многих штатах Америки усыновление, наоборот, аннулирует все права наследования между ребенком и его действительной родной семьей и создает полные взаимные права наследования между усыновителем и усыновленным.

377. *Применимое право*

II. Коллизионные нормы, касающиеся усыновления, обычно объявляют решающим личный закон усыновителя[3]. Во Франции вопрос остается спорным: по неправильно проводимой аналогии с узаконением, некоторые теоретики—и в связи с этим и некоторые решения—принимают норму о личном законе усыновителя; однако преобладающее мнение во Франции призывает к совокупному применению права усыновителя и усыновляемого, и этот взгляд лучше обоснован[4]. Он был принят законодательством Норвегии, Швеции, Финляндии и кодексом Бустаманте. Узаконение допускает полное игнорирование личного закона ребенка, так как оно, как правило, улучшает положение ребенка, легализуя существующее фактическое родство. Усыновление же может и ухудшить положение усыновляемого, так как оно разрушает или ослабляет узы, связывающие

---

[1] Закон об усыновлении детей (Adoption of Children Act) 1926 г. (16 and 17 Geo. V, c. 29), ст. 5 (I)—норма, вызывающая удивление и неизвестная континентальным системам.

[2] Ст. 5 (*a*) Закона.

[3] Так, например, в Германии, Швейцарии, Австрии, Польше, Дании и других.

[4] См. об этом *Mann*, p. 123.

ребенка с его кровными родителями, и предоставляет опасные права чужому по крови лицу, если только усыновитель не есть действительный отец или какой-либо другой родственник усыновляемого.

378. *Английское право*

Английское право еще не разработало исчерпывающей коллизионной нормы. До издания Закона 1926 г. об усыновлении детей института усыновления в английском внутреннем материальном праве не существовало, а усыновление, оформленное в иностранных государствах, не признавалось в Англии, так как оно могло бы создать статус, не известный английскому праву. Закон 1926 г., дополненный Законом об усыновлении детей 1939 г.[1], содержит только норму, трактующую о юрисдикции английского суда в отношении издания приказа об усыновлении. Казалось бы, что тем самым подразумевалось и применение английского Закона (1926. *Прим. перев.*): именно, только в тех случаях, когда приказ об усыновлении должен быть издан английским судом, усыновление подчиняется английскому праву, и никакое иное право, очевидно, неприменимо. Английский суд может издать приказ об усыновлении только: а) если усыновитель является резидентом Англии или Уэльса или если он домицилирован в Англии, Уэльсе или Шотландии, и б) если ребенок—британский подданный и имеет свое постоянное местопребывание в Англии или Уэльсе. Если одно из этих условий не выполнено,—если, например, обе стороны являются резидентами Дании, хотя и домицилированными в Англии,—английский суд не обладает юрисдикцией на издание приказа.

379. *Признание иностранных усыновлений в Англии*

Должны ли иностранные усыновления признаваться английскими судами? Закон не дает ответа на этот вопрос. Ответ вероятно, должен быть следующий:

1) Иностранные усыновления не должны признаваться, если английский суд обладает юрисдикцией на издание приказа. Пример: германский усыновитель, домицилированный в Англии, но имеющий свое постоянное местопребывание в Германии, и ребенок,—британского гражданства и постоянно пребывающий в Англии,—заключают соглашение об усыновлении, действительное в Германии, и получают утверждение германского суда[2]. Такое усыновление (вероятно) не будет

---

[1] (2 and 3 Geo. VI c. 27) ст. 8 (2) подраздел (5).

[2] Это соответствует германскому закону. См. германский Вводный закон, ст. 22, и германский Закон о добровольной юрисдикции (от 17 мая 1898 г.), ст. 66.

признано в Англии. Усыновителю, конечно, предоставляется возможность возбудить новое ходатайство о выдаче английского приказа об усыновлении, если выполнены условия, предписываемые английским внутренним материальным правом.

2) Иностранные усыновления опять-таки не должны признаваться (хотя это кажется более сомнительным), если обе стороны имеют английский домицилий или если усыновляемый состоит в британском гражданстве. Мотивом для такого вывода является то обстоятельство, что английский Закон об усыновлении детей хотя и ввел в английское право ранее неизвестный институт усыновления, но он имел в виду защитить детей британского гражданства против всякого усыновления, которое не будет подчинено тем мерам предосторожности и тем ограничениям, которые этот Закон устанавливает. Что же касается домицилия как усыновителя, так и усыновляемого, то было бы несовместимо с общим направлением английских коллизионных норм разрешить лицам, имеющим английский домицилий, изменять свой статус в соответствии с иностранным правом и юрисдикцией иностранного суда.

3) Иностранные усыновления должны признаваться во всех остальных случаях, т. е. когда ни одна из сторон не имеет английского домицилия и когда усыновляемый не является британским подданным,—при условии, однако, что усыновление совершено в соответствии с законодательством обоих домицилиев (усыновителя и усыновляемого). Усыновление, не разрешаемое по одному из этих законодательств, вероятно, не будует признано в Англии, и только последствия, общие для правовых систем обоих домицилиев, могут иметь место. Это положение нам представляется очень строгим,—быть может, слишком строгим—ограничением для признания иностранных усыновлений. Но необходимо учесть, что до 1926 г. иностранные усыновления ни при каких условиях не признавались в Англии, и можно даже сомневаться в том, разрешается ли сейчас такое признание.

Однако одно исключение из предложенного выше принципа должно быть признано. В том случае, когда отец усыновляет своего незаконнорожденного ребенка, нет необходимости обращаться к личному закону ребенка, ибо усыновление, будучи не чем иным, как узаконением путем признания, не должно трактоваться иначе, чем какая-либо иная форма узаконения. Решение апелляционного суда по делу Лака показало, что такое исключение может быть оправдано[1].

---

[1] (1940) Ch. 864.

380. *Перемена домицилия*

Если домицилий усыновителя или усыновляемого меняется до того, как усыновление полностью оформлено, решающим является дата оформления усыновления. Никто не будет склонен принимать во внимание время рождения усыновляемого, как это имело место в решении апелляционного суда по делу Лака об узаконении. Если, например, усыновляемый родился в Португалии как португальский подданный (Португалия не разрешает никакого усыновления) и затем стал домицилированным испанским гражданином, то усыновление тем самым становится допустимым, и нет никакого основания полагать, что ребенок обладал бы способностью быть усыновленным только в том случае, если бы он в момент своего рождения, согласно (несколько измененной) формулировке английских судов по делам об узаконении, обладал «способностью изменять свой статус усыновленного ребенка».

Если после действительного усыновления домицилий усыновителя или усыновленного изменился, отношения, созданные усыновлением, регулируются новым правом. Принцип изменимости здесь применяется так же, как и при естественном родстве между родителями и детьми. Защита усыновленного ребенка, однако, требует одного ограничения этой нормы. Если в силу законодательства нового домицилия усыновитель наделяется более широкими правами, чем это предусматривало законодательство, по которому усыновление было совершено, то такие права не должны осуществляться. Таким образом, в случае, когда по закону старого (например, английского) домицилия усыновитель не имеет права управления имуществом ребенка или права на узуфрукт в этом имуществе, в то время как новое законодательство (например, германское) предоставляет ему право управления и узуфрукта[1],—то ни одно из этих прав не может быть осуществлено. Если законодательство нового домицилия не разрешает усыновления,—как это имело место в Англии до 1926 г.,—усыновление с переменой домицилия становится недействительным.

Расторжение отношений, возникших в связи с усыновлением, регулируется правом домицилия в момент расторжения.

БИБЛИОГРАФИЯ

Fürer, Adoption, Legitimation und Kindersanerkennung im internationalen Recht, 1926. *F. A. Mann*, 57 L. Q. R. (1941) 112. См. RVglHWB, II. 43: IV, 435 и выше, стр. 426.

[1] §§ 1757, 1767 германского гражданского кодекса.

Незаконнорожденные дети

381. *Понятие незаконнорожденности*

I. Ребенок считается незаконнорожденным, если не существует ни одного человека, по личному закону которого этот ребенок мог бы рассматриваться как его законнорожденный ребенок. Поэтому для того, чтобы установить законнорожденность или незаконнорожденность какого-либо определенного лица, не следует обращаться к личному закону этого лица. Такое положение существует, в частности, в Англии, где личный закон определяется домицилием, а домицилий ребенка зависит от того, законнорожденный ли он или нет. Только личный закон предполагаемого отца может дать исходную позицию для исследования. Если по закону домицилия этого отца ребенок рассматривается как его законнорожденный ребенок, то не имеет значения, если по закону материнского домицилия ребенок может считаться незаконнорожденным. И если по личному закону какого-либо мужчины ребенок не считается его ребенком или не считается законнорожденным, то необходимо установить, существует ли другое лицо мужского пола, домицилиарное право которого подтверждает его отцовство и законнорожденность ребенка. Если снова получается отрицательный ответ, ребенок считается незаконнорожденным[1].

Незаконнорожденность существует также и в смысле отношений ребенка с его матерью. Хотя по большинству современных правовых систем отношения между незаконнорожденным и его матерью почти такие же, как между законнорожденным ребенком и его матерью[2], но все же имеются различия. По германскому праву, например, мать незаконнорожденного ребенка не имеет никакой «отцовской власти»[3], и если завещатель завещает имущество законнорожденным детям какой-либо женщины, то к наследованию не будет допущен ее ребенок, который по личному закону ее мужа не рассматривается как его законный потомок, даже если ее личный закон подтверждает законнорожденность ребенка и отцовство ее мужа[4].

---

[1] См. выше, § 101.

[2] Например, в отношении прав матери на попечение, наследование и т. д. См. французскую поговорку «nul n'est bâtard de par sa mère».

[3] Германский гражданский кодекс, § 1707.

[4] Примеры различных личных законов: оба супруга домицилированы в Италии, где личный закон определяется гражданством. Если муж является гражданином страны X, а его жена — страны Y, то они имеют различные личные законы. Благодаря норме о renvoi такое положение существует даже в Англии.

382. «Хромающая» законнорожденность

Это, однако, не означает, что если какое-либо лицо является законнорожденным ребенком мужчины *А.*, то оно обязательно всюду будет рассматриваться как его законный ребенок. Так, например, по делу Shaw v. Gould[1] палата лордов, хотя и признавшая детей Елизаветы незаконнорожденными, все же допустила, что шотландский суд был бы обязан рассматривать их как законнорожденных. Другая иллюстрация: итальянский гражданин, домицилированный в Англии, подчиняется там английскому праву (как своему личному закону), а в Италии—итальянскому праву; ребенок, рожденный им в браке, действительном в Англии и недействительном в Италии,—будет рассматриваться в Англии как законнорожденный, а в Италии—как незаконнорожденный. Хромающие браки приводят к хромающим статусам в отношении законнорожденности.

Едва ли есть необходимость добавлять, что досадные разногласия, возникающие из различий, существующих между различными правовыми системами, и из непризнания иностранных приказов о разводе, могут привести к поразительному результату, когда одно и то же лицо является законным ребенком *А.*, согласно праву его, *А.*, домицилия, и в то же время законным ребенком *Б.*, согласно праву домицилия этого *Б.* Это имеет место, например, если брак, заключенный между *А.* и матерью ребенка, действителен в силу закона *А.* и недействителен по личному закону *Б.*, между тем как ее брак с *Б.* действителен, согласно личному закону *Б.*, и недействителен по закону А. Такое положение возможно, понятно, при условии, что мать в период беременности находилась в половой связи с обоими своими супругами.

383. Ребенок и мать

II. В большинстве стран отношения между незаконнорожденным ребенком и его м а т е р ь ю определяются личным законом матери, совпадающим обычно с личным законом ребенка. Кодекс Бустаманте объявил решающим личный закон ребенка, а итальянское право требует соблюдения постановлений как материнского личного закона, так и закона ребенка. Английское право еще не дало ответа на этот вопрос. Можно ожидать, что английский суд примет господствующий континентальный взгляд и применит только закон материнского домицилия, который, в конечном счете, образует домицилий ребенка по

[1] (1868) L. R. 3 H. L. Cas. 55. См. выше, § 364. Ср. также замечания лорда Брума в деле Birtwhistle v. Vardill (1835) 2 Cl. and Fin. 582, 595.

происхождению. Если домицилий матери впоследствии меняется, то применяется право нового домицилия.

Права и обязанности матери в отношении личности ребенка, в частности, попечения и воспитания, везде контролируются, корректируются и дополняются правом той страны, в которой ребенок проживает, так же, как осуществляется власть отца над личностью законного ребенка.

384. Ребенок и отец. Различные системы

III. Одним из наиболее спорных вопросов в международном частном праве является вопрос о том, возникает ли какое-либо правоотношение между незаконнорожденным ребенком и его отцом, и если оно возникает, то при самом ли рождении ребенка или только при признании ребенка, и какие права и обязанности включает в себя такое правоотношение. Самые различные коллизионные привязки, какие только можно себе представить, были рекомендованы теоретиками права, обсуждались судами и вводились современными кодексами. В этой полемике на первом плане находится вопрос об обязанности отца содержать своего ребенка. Старая судебная практика в области германского общего права рассматривала внебрачные половые связи как деликт или квазиделикт[1], а обязанность отца содержать потомков, рождающихся от таких связей, трактовалась как деликтное обязательство возмещения убытков (причиненных деликтом). Этот взгляд не может объяснить, почему у ребенка возникает право на возмещение за убытки, так как слишком нелепо рассматривать лицо в качестве потерпевшего убыток в связи со своим появлением на свет. Эта доктрина привела к применению либо *lex fori*, либо права того места, где был совершен деликт, т. е. места, где был зачат ребенок[2]. Большинство правовых систем в настоящее время правильно признает, что источник обязанности предоставлять содержание кроется в естественном кровном родстве, единокровии между отцом и ребенком. Исходя из этой точки зрения, легко прийти к выводу о том, что может действовать либо личный закон отца, либо личный закон ребенка, так как отношение создано между этими двумя лицами. Многие современные правовые системы остановили свой выбор на личном законе отца (Швейцария, Испания, Дания, и т. д.), так как право предполагаемого должника является подходящей системой для решения вопроса о том, существует ли обязательство, при каких условиях и в каком объеме. Французское[3] и польское право

---

[1] *Windscheid*, Pandekten, II, 475, note 18.
[2] См. *Gierke*, Deutsches Privatrecht, I, 242, note 119.
[3] Хотя это спорно; См. *Niboyet*, Manuel, 762.

и кодекс Бустаманте[1] отдают предпочтение личному закону ребенка, так как обязательство возникает из статуса ребенка. Некоторые французские решения стремятся к объединению этих двух правовых систем и постановляют, что обязанность предоставлять содержание существует только постольку, поскольку она признается обеими системами. Эта доктрина, на первый взгляд кажущаяся более справедливой, чем какая либо иная, в действительности, как правильно отметил Нибуайэ, «слишком совершенна, и это делает ее несправедливой». Такое объединение необходимых условий может создать большие трудности при установлении какого бы то ни было обязательства со стороны отца. Ни в коем случае нельзя оправдать систему, принятую германским кодексом[2], по которому возложенная на отца обязанность предоставлять содержание регулируется личным законом матери в момент рождения ребенка, а не законом отца или ребенка. Только то обстоятельство, что в большинстве случаев (хотя и не во всех)[3] личный закон матери совпадает с законом ребенка, делает эту германскую норму терпимой.

385. *Доктрина lex fori*

Наконец, имеются страны, в которых все (или основные) вопросы, касающиеся обязанности отца содержать своего незаконнорожденного ребенка, регулируются *lex fori*. Это положение базируется на одном из следующих двух соображений:

а) на концепции публичного порядка. Такие нормы, как французская la recherche de la paternité est interdite (отыскивание отцовства воспрещается), основаны на убеждении, что в интересах морали следует исключить возможность судебных исков и судебных процессов, вытекающих из внебрачных связей[4], и что допущение таких исков может повлечь за собой шантаж и расстройство семейной жизни. В то же время в тех случаях, когда французский кодекс и французский закон 1912 г. разрешают расследование об отцовстве (например, в случаях изнасилования, обольщения или внебрачного сожительства), публичный порядок (согласно некоторым французским решениям) требует применения французской нормы, даже

---

[1] Ст. 64 (см., однако, ст. 63).

[2] Вводный закон, ст. 21.

[3] Внимание автора этой книги было обращено на один случай, когда шотландская официантка, которая постоянно пребывала в Берлине, родила ребенка от германского гражданина. Отношение между незаконнорожденным, не имеющим гражданства, и германским отцом должно определяться по шотландскому праву.

[4] Так, например, Savigny, VIII, стр. 279.

когда личный закон сторон запрещает отыскивание отцовства[1]. В германском праве соображения публичного порядка привели к построению принципа, по которому германский суд не должен подвергать принудительному исполнению требования о содержании незаконнорожденных, выходящие за пределы того, что допускается германским внутренним материальным правом[2].

386. *Английская система*

Или б) на концепции, исходящей из того, что закон о незаконнорожденных составляет часть законодательства о бедных. Это положение является исходным пунктом английского и американского права по этому предмету. Обязанность отца содержать своего незаконнорожденного ребенка рассматривается только как естественная обязанность, и общее право не предусматривает никаких способов принудительного исполнения этой обязанности. Следовательно, те иностранные правовые системы, которые предоставляют ребенку право на предъявление к своему отцу иска о содержании, и в Англии и в Соединенных Штатах, будут считаться неприменимыми, хотя по этому поводу в судебных отчетах не было опубликовано никаких английских решений. Американская частная кодификация (Restatement)[3] провозглашает, что «не может быть удовлетворен иск, основанный на иностранном законе о незаконнорожденности»; такое же положение, вероятно, признается и английским правом. Но в обеих странах судебные процессы о незаконнорожденных, возбуждаемые против отца по инициативе государства, общественных корпораций или матери, стали допускаться на основании статутного права, т. е. норм, установленных законом. Целью этих норм является оказание помощи городской общине, государству, городу и т. д. и, наконец, налогоплательщику в его бремени по поддержке незаконнорожденных. Соответствующие законы относятся к публичному (административному) праву, а именно, к организации общественной помощи сильно нуждающимся лицам[4]. Английские законы о бедных наделяют коллегии мировых судей юрисдикцией на издание приказов о незаконнорожденности и (таким образом) на принуждение отца делать определенные взносы на содержание ребенка. Но сам ребенок не имеет права на гражданский иск к своему отцу, и на отце не лежит никакой установленной законом обязанности, пока не будет издан приказ о незаконнорожденности. Право незаконнорожденного ребенка на

---

[1] См. Niboyet, loc. cit., и выше, § 160.
[2] Вводный закон, ст. 21, конец.
[3] Раздел 455.
[4] Reg. v. Blane (1849) Ad. and. E. 13 Q. B. 769, 772.

требование постоянного содержания, согласно иностранному закону, английским судом было признано противоречащим публичному порядку, и в признании иностранного судебного решения, основанного на таком праве, было отказано[1].

Юрисдикция мировых судей на вынесение приказа о незаконнорожденности предполагает, что отец «присутствует» в Англии и что:

а) ребенок родился либо в Англии или Уэльсе[2], либо на британском судне[3] (место половой связи, домицилий или место постоянного пребывания родителей и их гражданство[4] не имеют никакого значения для дела);

б) или (если ребенок родился за границей) мать домицилирована в Англии, и, таким образом, при установлении статуса ребенка «должно приниматься во внимание только английское право»[5]. Гражданство матери или место ее постоянного пребывания, а также гражданство отца, место его постоянного пребывания или его домицилий не имеют значения.

Если отсутствует какое-либо одно из этих условий, необходимых для юрисдикции, иск в Англии не может быть предъявлен. Результат в высшей степени неудовлетворительный. Трудно понять, почему английское право придает значение месту рождения ребенка. Возьмем, для примера, следующий случай:

Отец, мать и ребенок имеют свое постоянное местопребывание в Англии. Мать имеет французский домицилий по происхождению и, будучи сама несовершеннолетней, не может приобрести английский домицилий по выбору. Она отправляется в Бельгию для разрешения от бремени, намереваясь вернуться в Англию со своим ребенком. В этом случае в Англии ничего нельзя сделать для того, чтобы признать отца обязанным производить какие-либо платежи. Другой пример:

Отец—немец, обязанный по германскому праву содержать своего незаконнорожденного ребенка, прибывает в Англию, бежав от нацистских преследований; мать и незаконнорожденный следуют за ним (не приобретая английского домицилия по выбору); в этом случае все обязанности предоставлять содержание прекращаются, и вытекающее из закона обязательство

---

[1] In re Macartney (1921) I Ch. 522.

[2] Reg. v. Blane, loc. cit.

[3] M rshall v. Murgatroyd (1870) L. R. 6 Q. B. 31.

[4] Hampton v. Rickard (1874) 30 L. T. (N. S.) 636 (per. *Cockburn C. J. and Blackburn, J.*).

[5] R. v. Humphreys (1914) 3 K. B. 1237, 1240, в котором судья Бэнкс разъясняет (или скорее исправляет?) старое решение по делу Reg. v. Blane (выше).

отца превращается в натуральное обязательство, не подлежащее принудительному исполнению.

VII. ОПЕКА

387. *Различные концепции опеки*

I. Континентальные правовые системы проводят различие между родителями и опекунами. Концепция опеки (*tutela*) ограничивается случаями, в которых отсутствует «отцовская власть», в частности, когда сироты или умалишенные нуждаются в защите. Английское право в этом отношении отличается от континентального: оно родителей причисляет к опекунам, они являются «опекунами по природе и как кормильцы». В деталях, однако, их положение несколько отличается от положения опекунов, назначенных по завещанию или судом.

Существует еще и другое различие между континентальными системами и английским правом. Как континентальное, так и английское право возлагает на опекунов охрану интересов и попечение об опекаемом и, до известной степени, владение и управление его имуществом; но только континентальное право рассматривает опекуна как законного представителя несовершеннолетнего. Это дает опекуну право заключать от имени несовершеннолетнего обязывающие его (несовершеннолетнего) договоры, представлять своего опекаемого в суде и утверждать договоры, заключаемые опекаемым, давая на них свое предварительное согласие или последующее одобрение. По английскому праву опекун никогда не является представителем опекаемого; когда он действует в интересах опекаемого, он действует от собственного имени в качестве доверительного собственника—*dom'ni loco* (вместо хозяина), как это называли Павел и Юстиниан[1]. Своим согласием или утверждением договора он не может восполнить недееспособность опекаемого на заключение договора.

388. *Применимое право: право домицилия опекаемого*

Поскольку все правовые системы определяют цель опеки как охрану лиц, нуждающихся в защите в связи с их несовершеннолетием, умалишенностью и другими дефектами, то совершенно очевидно, что личный закон опекаемого, т. е.—в Англии—право его домицилия[2], всюду регулирует вопросы, возникающие из потребности опекаемого в защите. Основные вопросы заключаются в следующем:

---

[1] Дигесты 26.7.27.

[2] См. например, Monaco v. Monaco (1937) 157 L. T. 231. Ср. *Mann*, 59 L. Q. R. 54, notes 58, 59.

1) Как возникает опека? Согласно некоторым правовым системам, опекун, назначенный по завещанию, становится опекуном со смертью завещателя; по другим системам—по назначению суда, на что суд по закону может иметь право или может этого права не иметь. Вопрос о том, какая правовая система регулирует все эти вопросы, разрешается личным законом опекаемого, а не законом завещателя в момент его смерти[1].

2) Каковы последствия существующей опеки? В частности, в чем заключаются права, полномочия и обязанности опекуна в отношении опекаемого и третьих сторон?

3) Когда прекращается существующая опека?

389. Изъятие из принципа права домицилия

II. Сфера действия личного закона опекаемого ограничена, однако, целым рядом факторов.

1) Каждое государство считает себя ответственным за благосостояние детей и душевнобольных, фактически находящихся в пределах его территории, независимо от того, где они имеют свой домицилий. Поэтому если несовершеннолетний или душевнобольной находится на английской территории, то английский суд должен будет рассудить, достаточна ли та защита, которую предоставляет опекаемому право его (или ее) домицилия и как общество должно быть защищено от опасного душевнобольного. Исследование этих вопросов, конечно, подчиняется праву данного суда. Таким образом, суд должен будет в соответствии с английским законом решить, следует ли право опеки и контроля над опекаемым иностранцем, находящимся в Англии, предоставить его отцу или его матери (если родители разведены). Право домицилия опекаемого заменяется императивными нормами английского Закона об опеке над несовершеннолетними (Guardianship of Infants Act) 1925 г.[2], который рассматривает «благосостояние ребенка как первостепенное и высшее соображение, независимо от того, какие приказы могут быть изданы судами любой другой страны»[3].

---

[1] Совершенно иной вопрос—вопрос о праве лица отказаться от назначения его опекуном. Это право, несомненно, не зависит от личного закона опекаемого. Большей частью полагают, что оно зависит от личного закона лица, отклоняющего свое назначение. Кажется более разумным мнение, что государство, назначающее опекуна (или то, в котором опека возникает), должно определить, какое лицо в пределах его территории обязано принять такое назначение.

[2] 15 and 16 Geo. V, c. 45, s. I.

[3] Дело B's Settlement (1940) Ch. 54, 64. «Значение, которое следует придавать приказам иностранного суда, зависит от конкретных обстоятельств дела». Взгляд, принятый по двум более старым реше-

390. Полномочия иностранного опекуна

2) Другой вопрос, часто обсуждавшийся в Англии, заключался в том, вправе ли опекун, назначенный по закону, действующему в стране иностранного домицилия опекаемого, действовать в качестве опекуна в Англии без того, чтобы быть назначенным английским судом. Этот вопрос обычно разрешается в том смысле, что иностранный опекун (куратор, комитет и т. п.) не обладает никакими «правами», но его право действовать в качестве опекуна и т. п., как правило, будет признано английским судом, если только отказ в таком признании не окажется более благоприятным для несовершеннолетнего[1]. Полномочия иностранного опекуна на совершение каких-либо действий в Англии при всех условиях подвержены следующим ограничениям:

а) Он не обладает бо́льшими полномочиями, чем те, которыми наделяет опекуна право той страны, в которой он был назначен. Если полномочия английского опекуна шире, чем полномочия иностранного опекуна, он не может ими пользоваться, если он не был назначен также и английским судом.

б) Он не имеет больше прав, чем английский опекун в отношении английского подданного[2]. Это относится как к личности, так и к имуществу подопечного. Опекун поэтому не может действовать как «законный представитель» подопечного, даже если, согласно континентальному праву, он обладает правоспособностью на заключение договоров от имени своего подопечного и, таким образом, может налагать обязательства на него, а не лично на себя. Его право на владение и управление движимым имуществом подопечного, а также право требовать уплаты денежных сумм, причитающихся иностранному подопечному,—определяются по усмотрению суда[3].

Если английский суд, осуществляя свое дискреционное право, назначает опекуна или (если речь идет об умалишен-

---

ниям—Nugent v. Vetzera (1866) L. R. 2 Eq. 704, и Re Savini(1870) 22 L. T. 61,—поскольку он противоречит принципам Закона 1925 г. об опеке над несовершеннолетними, (s. 1),—был явно дезавуирован в решении по делу B's Settlement, loc. cit.

[1] «Благосостояние несовершеннолетнего, являющееся основанием юрисдикции, должно быть критерием правильного осуществления этой юрисдикции». Johnstone v. Beatty (1843), 10 Cl. and Fin. 42, 122; Stuart v. Bute (1861) 9 H. L. Cas. 440, 463. Re D. (Infant) (1943) I Ch. 305.

[2] Johnstone v. Beatty, loc. cit., p. 113, 114. *Dicey*, p. 555, note (t).

[3] Относительно несовершеннолетних см. *Re Helmann* (1866), L. R. 2, Eq., s. 363; Re Brown's Trust (1865), 12, L. T. 488; In re Chatard's Settlement (1899) I, Ch. 712, 716; p. Scott v. Bentley (1855) 1 Lay and J. 281. Об умалишенных: In re Sottomaior (1874) L. R. 9 Ch. App. 677, 679; In re Burbidge (1902) I Ch. 426; Didisheim v. London Westminster Bank (1900) 2 Ch. 15, 51; Pélégrin v. Couts (1915) I Ch. 696.

ном)—куратора или комитет, то иностранный опекун утрачивает в Англии свои правомочия—свой *locus standi*[1].

391. *Британские подопечные*

3) Все эти изъятия из принципа применения права домицилия подопечного в равной мере применяются и в том случае, когда подопечный британского гражданства не домицилирован, не пребывает постоянно и даже не присутствует в Англии[2]. Этот случай приравнивается к случаю, когда вопрос касается британского подданного по рождению, когда он имеет право на защиту короны как *parens patriae*, как выразился лорд Кранворс по делу Hope v. Hope[3].

392. *Lex situs*

4) Наконец, поскольку это касается недвижимого имущества, опека всецело подчиняется праву местонахождения имущества, следовательно, английскому праву, если это имущество расположено в Англии[4]. Эта норма, не известная континентальному праву, в случае, когда имущество расположено на континенте, может привести к применению личного закона подопечного путем обратной отсылки (renvoi) от *lex situs* к *lex patriae* или к *lex domicilii*.

---

[1] Примеры (в случае умопомешательства): Re Bariatinski (Princess) (1843) 1 Phil. 375; Re Burbidge, выше; In re R. S. A. (1901) 2 K. B. 32.

[2] Johnstone v. Beatty (1843) 10 Cl. and Fin. 42, 120, 122. Hope v. Hope (1854) 4 De G. M. and G. 328, 345, 346. In re Willoughby (An Infant) (188) 30 Ch. D. (C. A.) 324. In re Bourgoise (1889) L. R. 41 Ch. D. (C.A.) 310, 318—321. См. ирландское дело Pavitt (1907) 1 Jr. Rep. 234.

[3] Выше, § 321.

[4] *Dicey*, p. 555, note (x) in fine.

Часть V

КОЛЛИЗИОННЫЕ ВОПРОСЫ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОГО ПРАВА

I. ДОГОВОРЫ

Выбор права сторонами

393. Значение термина «договор»—contract

Термин «договор» употребляется здесь в том узком смысле, который придала ему английская юриспруденция. Этот термин означает соглашение между двумя или более сторонами, которое, в соответствии с намерениями сторон, возлагает обязательства, по крайней мере, на одну из них, на должника, и создает для кредитора право требовать исполнения этого обязательства. Не являются договорами соглашения, создающие гражданское состояние лица, например, брак или усыновление, и соглашения, передающие или прекращающие iura in rem, например, передача собственности, переуступка долга или создание закладной.

И все же коллизионные нормы, относящиеся к договорам, особенно принцип, по которому стороны имеют право выбирать правовую систему, которая будет регулировать их договор, применяются также к определенным соглашениям или односторонним актам, которые не носят или не вполне носят характер договора. В частности, соглашение о браке, которое не создает обязательств между сторонами (*inter partes*) или создает не только такие обязательства, но также и *iura in rem*, действительные в отношении всех,—регулируется правом, избранным стороной или сторонами[1]. Равным образом, при заключении домицилированным англичанином, постоянно пребывающим в Шотландии, обязательства или соглашения в Шотландии, вопрос о том, подлежит ли такое обязательство регистрации, разрешается в соответствии с тем правом, которое должник имел в виду, подписывая обязательство. Английское право требует регистрации, шотландское—этого не требует, суд применяет шотландское право в соответствии с презюмируемым намерением должника[2].

---

[1] Chamberlain v. Napier (1880) 15 Ch. D. 614. In re Hewitt's Settlement (1915) I Ch. 228, 232. Re Fitzgerald (1904) I Ch. 573 и др.

[1] Re Pilkington's Trust (1937) 3. A. E. R. 213, 218.

394. *Два различных взгляда на применимое право*

I. Какое право решает вопрос о действительности договора и определяет его последствия? По этому вопросу имеются две различные точки зрения. Некоторые теоретики права, особенно во Франции, Германии, Италии, защищают доктрину, утверждающую, что ответ на этот вопрос (как и в других областях права) нужно искать в коллизионных нормах суда. Другие теоретики и суды почти во всех странах возлагают задачу выбора применимого права на договаривающиеся стороны. Так же, как сторонам разрешается создавать права и обязанности между собой как им это угодно и, таким образом, «создавать для самих себя право»[1],—им в такой же мере предоставляется определить право, регулирующее их договор.

395. *Доктрина автономии. Возражения*

Доктрину «автономии» сторон часто клеймили как нелогичную. Противники этой доктрины говорили: прежде чем мы можем установить право, регулирующее договор в силу определенного соглашения сторон,—мы должны сначала установить, какое право определяет действительность самого соглашения. Ответ на это возражение прост. Норма, устанавливающая, что стороны имеют право определить свойственное их договору право или, иначе говоря, установить, что добровольно избранный закон (*lex voluntatis*) регулирует договор,—является правовой нормой, образующей часть международного частного права большинства стран. Против доктрины автономии выдвигали другое возражение, которое сводится к тому, что частным лицам доверяется задача, которая обычно выполняется законом,—а именно, задача определения применимого права. Действительно, автономия сторон—это крайнее решение, вытекающее из тех трудностей, с которыми сталкивается любое право, пытаясь подчинить договоры какой-либо определенной системе правовых норм. Такие попытки делались часто. Некоторые авторы[2] и американский Restatement[3] определяют действительность и последствия договора по праву места его заключения. Часто, однако, от чисто случайного обстоятельства зависит, где именно заключен договор; например, если договор заключен в результате телефонного разговора между Лондоном и Парижем или

---

[1] См. ст. 1134 гражданского кодекса: «Соглашения, законно заключенные, занимают место (tiennent lieu) закона для тех, кто их заключил».

[2] Особенно французские и итальянские ученые (Фёликс, Лоран, Броше, Фиоре и т. д.).

[3] Ст. 332 и след., 346, 347. Равным образом: Польский закон 1926 г. ст. ст. 8, 9; итальянский гражданский кодекс (1865) ст. 9, § 2.

при помощи переписки, в которой стороны, прежде чем прийти к соглашению, в течение длительного периода обмениваются предложениями и контрпредложениями,—в результате часто трудно сказать, кто из них сделал офферту и кто ее акцептовал. Многие авторы, особенно в Германии, считают самым подходящим критерием право места исполнения обязательства или право места постоянного пребывания сторон[1]. Но обе эти доктрины ведут к неудовлетворительному разделению договора во всех тех случаях, когда обе договаривающиеся стороны являются должниками (как в случае договора продажи) и когда они постоянно пребывают в разных странах, и каждая сторона должна выполнить свое обязательство в месте своего постоянного пребывания. Наиболее неприемлемая из выдвигавшихся когда-либо доктрин—это доктрина Цительмана[2], принятая Франкенштейном[3]: по их мнению, договор должен регулироваться национальным правом должника. В качестве довода выдвигается произвольное утверждение, что право издавать приказы, адресованные данному лицу, принадлежит лишь государству, членом (гражданином) которого данное лицо является.

396. Определение права судьей

Чрезмерная строгость всех этих формул начинает признаваться даже некоторыми противниками автономии сторон, и много усилий было направлено на отыскание более эластичной формулы. Предлагалось, чтобы с у д ь я, приняв во внимание все сопутствующие договору обстоятельства, в каждом отдельном случае устанавливал то право, с которым данный договор имеет наиболее реальную связь, и чтобы найденное таким образом судьей право являлось свойственным договору правом. Эта доктрина, однако, нигде не была принята судами. Применяемая почти повсеместно практика свидетельствует о том, что определение свойственного договору права не является задачей ни закона, ни суда. Сами стороны должны из разнообразных правовых систем выбрать ту, которая должна регулировать их договор. Эта доктрина, несомненно, является действующим в Англии правом. Многочисленные решения признали, что, как формулирует это Дайси, «свойственным договору правом» (the proper law of a contract) является то право, которому договаривающиеся стороны намерены подчинить свой договор[4]. Возможно даже, что предпочтительней окажется формула лорда

---

[1] Так, Bar, II. 13.
[2] *Zitelmann*, II. 366.
[3] *Franken tein*, II. 126.
[4] См., например, утверждения лорда Райт по делу Mount Albert Borough Council v. Australasian Temperance Society (1938) A. C. (P. C.) 224, 240.

Мансфильда[1]: решающим является, «имели ли стороны в момент совершения договора ввиду право Англии или правовую систему другого королевства». Это мудрое правило. Часто становится трудной задачей определить, к какому месту тяготеет договор, содержащий иностранный элемент. Лучшие знатоки права или торговли могут значительно расходиться во мнениях. Собственные интересы договаривающихся сторон делают их наилучшими судьями в этом вопросе.

397. Применение всех постановлений избранного законодательства

Выбирая определенную правовую систему, стороны подчиняют свой договор всем постановлениям закона, содержащимся в этой системе. Эти постановления, однако, могут быть либо принудительными (императивными или запретительными — *ius cogens*), либо диспозитивными (*ius dispositivum*), т. е. такими, которые могут быть изменены самими сторонами. Большинство правовых норм, относящихся к последствиям договора, принадлежит ко второму типу, и если стороны выбрали правовую систему, то само собой понятно, что они могут исключить любую из диспозитивных норм, образующих часть этой правовой системы, например, норму о «гарантиях» (warranties) или о переходе риска к покупателю. Не так обстоит дело в отношении принудительных норм. Если стороны однажды выбрали свое право, они подчиняются всем принудительным нормам, заключающимся в нем. Примером этому может служить следующее: стороны, заключившие договор морской перевозки из одного иностранного государства *А* в другое государство *Б*, соглашаются, что их договор будет регулироваться английским правом. Английское право приняло гаагские нормы, по которым освобождение перевозчика от ответственности за небрежность капитанов и команды не может быть действительным. Если стороны, тем не менее, согласились исключить такую ответственность, такое исключение недействительно, даже если оно разрешается согласно праву как страны *А*, так и страны *Б*.

398. Пределы автономии

II. Автономия сторон имеет свои границы. Одна из этих границ — вне сомнений и повсюду признана: при выборе права стороны не вправе исключить нормы публичного или особого порядка данного суда. Договор, нарушающий интересы Британского государства или английские понятия морали, не может быть подвергнут принудительному исполнению в английском суде, даже если договор действителен по

[1] Robinson v. Bland (1760) 2. Burr. 1077.

свойственному ему праву, избранному договаривающимися сторонами.

Что касается других ограничений автономии договаривающихся сторон, то здесь имеются некоторые разногласия, хотя ближайшее рассмотрение показывает, что расхождения не столь велики, как это кажется с первого взгляда.

399. Континентальная доктрина

1. Согласно господствующей на континенте доктрине и практике, стороны могут подчинить свой договор только такой системе права, с которой договор внутренне связан; например, праву места заключения или места исполнения договора, или праву домицилия или гражданства одной из сторон и т. п. Стороны не могут установить как свойственное договору право такую систему права, с которой данный договор не имеет никакой связи. Два домицилированных англичанина заключают договор во время своего путешествия по Франции и определяют Нью-Йорк как место исполнения обязательства; они могут избрать английское, французское или нью-йоркское право, но, например, не китайское право. Если они выбирают право, не связанное с их личностью или их договором, то свойственное договору право должно быть установлено таким образом, как если бы стороны не сделали выбора права[1]. Предположим, что договор реальнее всего связан с английским правом. Это не означает, что китайское право, относительно которого стороны договорились, вовсе неприменимо. Но его применение зависит от того, противоречит ли оно какому-либо (императивному или запретительному) принудительному постановлению свойственного договору права, т. е. в данном случае английского права. Так как в вопросах, относящихся к договорам, принудительные правовые нормы встречаются редко, то, в результате, избранное сторонами право, как правило, применимо, даже если оно внутренне не связано с договором. Такой вопрос возник, например, по делу Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co[2], разрешенному Тайным советом. В этом деле сделка между резидентами Ньюфаундленда и Нью-Йорка, имевшая своим предметом перевозку товаров на канадском судне из Ньюфаундленда в Нью-Йорк, была по соглашению подчинена английскому праву. Хотя договор не заключал ничего такого, что связывало бы его с английским правом,—выбор рассматривался как вполне законный и действительный. Это решение представляется нам правильным, так как ньюфаундлендское право

---

[1] Как это должно быть сделано, объясняется в § 411 и след.
[2] (1939) A. C. (P. C.) 277.

которое, вероятно, было бы применено, если бы стороны не избрали английского права,—не содержит, повидимому, никаких принудительных норм, не совместимых с английским правом.

Едва ли требует доказательств то положение, что стороны вправе заменять диспозитивные нормы свойственного договору права нормами, заимствованными из любой другой правовой системы. Выбор иностранного кодекса в таких случаях представляет собой не больше, чем сокращение работы клерка,— вместо того, чтобы полностью приводить тексты статей кодекса, на них просто ссылаются. Еще в 1703 г.[1] это положение было правильно признано по делу, по которому договор объявил применимым парижский обычай 1580 г. Эта ссылка в договоре была «равносильна тому, как если бы обычай был полностью процитирован», и палата лордов подчеркнула, что такая ссылка «ни в коем случае не заключает в себе попытки ввести в действие иностранные законы»[2].

400. Английское право

2. Английское право исходит из принципа неограниченной автономии договаривающихся сторон. «Намерение, выраженное в договоре....... является решающим» (лорд Аткин)[3]. «То положение, что намерение сторон в договоре является подлинным критерием, определяющим, какое право должно регулировать договор, слишком ясно, чтобы его оспаривать» (лорд Линдли)[4]. «Единственный вопрос, требующий разрешения, заключается в том, какое право имели в виду стороны как право, регулирующее их договор» (лорд Халсбэри)[5]. Ни один принцип английского международного частного права не формулировался так часто.

401. Формула по делу Vita Food Prod. v. Unus.

В решении по делу Vita Food Products v. Unus Shipping Co[6] обсуждался вопрос о том, является ли такое установление действующего коллизионного принципа безусловным или «требуются еще какие-либо ограничения». Тайный совет (устами лорда Райт) ответил, что «трудно предвидеть, какие могут быть ограничения, при условии, если выраженное намерение добросовестно и законно и если нет причин ограничивать выбор по

---

[1] Foubert v. Turst, I Brown Parl. Cas. 129.
[2] В то время английские суды в своих решениях не применяли иностранного права.
[3] (1937) A. C. 500, 529 (R. v. International Trustee).
[4] (1902) A. C. 446, 450 (Spurrier v. La Cloche).
[5] (1889) 42 Ch. D. 321, 336: (In re Missouri Steamship Co).
[6] (1939) A. C. (P. C.) 277, 290 per Lord Wright.

основаниям публичного порядка». Из этих трех оговорок последняя сама собой очевидна. Договор, регулируемый иностранной правовой системой, избранной сторонами, но противоречащий публичному порядку суда, не может быть подвергнут принудительному исполнению английским судом[1].

Другие два требования—добросовестность и законность—не совсем ясны. Отсутствует ли добросовестность только в тех случаях, когда в намерения сторон в действительности не входило то, о чем они заявили, иначе говоря, когда их заявление было ложно? Или также и в тех случаях, когда они избрали право с намерением избежать некоторых императивных или запретительных норм правовой системы, внутренне связанной с договором? Для того, чтобы создать злонамеренность (*mala fides*), вероятно, не необходимо и не достаточно простого намерения исключить определенные принудительные нормы, которые были бы применимы в иных случаях. Английское право, в противоположность французскому, не возражает против любого создания искусственных коллизионных привязок, как это было объяснено выше[2]. Для того, чтобы признать наличие злонамеренности, по английскому праву необходимо нечто бо́льшее, чем желание избежать действия императивных постановлений. Вероятно, необходим какой-то морально небезупречный или какой-то анормальный и неразумный выбор права[3]. В тех случаях, когда за выбором права кроется «разумная идея делового соглашения и здравого смысла»[4], английские суды поддержат такой выбор, даже если нет внутренней связи между договором и избранной правовой системой.

Еще менее точно требование о том, «чтобы выраженное намерение было з а к о н н ы м». Судья Моррис и Чешайр правильно указывают на то, что не установлено, каким правом определяется законность намерения[5]. Означает ли это требование только, что если договор или его исполнение незаконны

---

[1] Необходимо иметь в виду, что не всякая принудительная норма lex fori носит характер нормы публичного порядка (ordre public), как это понимается в международном частном праве. Недостаточность встречного удовлетворения, например, представляет собой препятствие для признания действительности договора по английскому праву [20]; по итальянскому праву это не является препятствием. Таким образом, итальянский договор, по которому обязательство заплатить денежную сумму за услуги, оказанные в прошлом, действительно, может быть подвергнут принудительному исполнению в Англии. *In re Bonacina* (1912) 2 Ch. (C. A.) 394.

[2] См. выше, § 134, 137.

[3] *Anzilotti*, Il principio dell'autonomia (Diritto commerc. XXII, 1904) уместно говорит о разумной и нормальной воле (saggia e normale volonta) как о противоположности каприза (capricciosa).

[4] См. *Jacobs*, Marcus and Co. v. Crédit Lyonnais (1884) 12 Q. B. D. (C. A.).

[5] 56 L. Q. R. (1940) 335.

с точки зрения внутреннего материального права, соответственно, места его заключения или места его исполнения, то такая незаконность остается в силе, независимо от того, какое право избрали стороны[1]?

402. Различия между двумя точками зрения

Различие между континентальной и английской доктринами, в общем, не так значительно, как это может показаться с первого взгляда. Континентальная доктрина допускает выбор сторонами какой-либо из правовых систем, с которыми договор внутренне связан, а если выбором не затрагиваются принудительные нормы, то вообще любой правовой системы. Английская доктрина разрешает выбор любой из существующих на земном шаре правовых систем, которая может оказаться удобной и разумной для деловых целей. Фактически различие очень незначительно, если концепция внутренней связи не будет построена слишком строго. Если, например, польский кодекс 1926 г. ограничивает выбор пятью возможными коллизионными привязками, а именно—местом совершения договора, местом его исполнения, местонахождением предмета договора, домицилием и гражданством каждой из сторон[2], то такое ограничение следует признать слишком жестким. Простая экономическая связь какого-либо данного договора с некоторыми другими ранее или одновременно заключенными договорами (или договором), даже с договорами, заключенными другими лицами, может служить достаточным основанием для создания коллизионной привязки договора к праву тех других (или того другого) договоров.

В американских сделках по покупке и продаже зерна принято пользоваться формами договоров (La Plata Grain Contract), выпущенными Лондонской хлебной торговой ассоциацией. Эти договоры подчиняют стороны английскому праву (и английскому арбитражному суду). Если германский импортер американского зерна перепродает купленные им по такому договору товары немцу в Германии, он также должен иметь возможность подчинить эту перепродажу английскому праву[3], даже если в связи с этим какая-либо императивная норма германского права становится неприменимой. Другой пример: в каком-либо восточном сеттльменте, преимущественно заселенном английскими купцами, может практиковаться заключение с туземцами договоров, подчиненных английскому праву; если в этом сеттль-

---

[1] Ср. The Torni (1932) P. 78, 88; Ralli Bros. v. Compañia Naviera (1920) 2 K. B. (C. A.) 287, 304.
[2] Польский закон 1926 г., ст. 7.
[3] См. *Haudek*, loc. cit., 39 (который, однако, с этим не согласен).

менте проживают и французские купцы, то будет вполне понятно и разумно, чтобы они свои договоры с туземными жителями также подчиняли английскому праву [1].

В некоторых отраслях торговли и транспорта существует тенденция к международной стандартизации или унификации; эта тенденция находит свое выражение в известном лозунге: «право океана должно быть единым». Эта цель, помимо международных конвенций, может быть достигнута только подчинением всех наиболее существенных типов договоров одному и тому же праву, независимо от гражданства или места постоянного пребывания договаривающихся сторон, от места заключения или исполнения обязательств или от флага судна. Хотя *отдельный* договор, как таковой, может не иметь никакой «внутренней связи» с избранным правом, но такая связь становится явной, если рассматривать этот договор как часть мировой экономики. В тех областях торговли и транспорта, в которых обычно применяемые формы договоров написаны на английском языке и составлены в соответствии с обычаями английской торговли,—ссылка на английское право естественна и разумна; внутренняя связь между каждым договором, таким образом заключенным, и английским правом не может, следовательно, отрицаться[1].

Примечание редактора. Принцип «право океана должно быть единым», очевидно, практически должен здесь означать, что «право океана должно быть английским». Общеизвестно стремление английских судов, особенно в сфере морского права, не считаться с иностранными правовыми нормами. Здесь, как и во многих других областях, проявляется стремление отрицать суверенитет других государств в сфере международных отношений.

403. Выбор lex fori

3. При некоторых специфических обстоятельствах следует, однако, принимать во внимание еще один момент:

Никакое ограничение, в каком-либо отношении, автономии сторон в договоре не будет признаваться в тех случаях, когда право места суда (*lex fori*) совпадает с правом, избранным сторонами. Суд, в котором предъявлен иск из договора, будет только очень рад, если стороны при заключении договора согласились о том, что должно применяться право данного суда. Если, например, по договору о трудовом найме румынский служащий обязался перед германским нанимателем в течение трех лет после истечения срока договора воздерживаться от конкуренции в области торговли своего нанимателя и если стороны в прямо выраженной форме заявили, что их договор регулируется английским правом, хотя он и не имеет никакой

[1] См. 49 Jurid. Rev. (1937) 120, 121.

внутренней связи с английским правом, то английский суд, если вопрос будет поставлен на его разрешение, вероятно, применит английское право. Это право рассматривает условие о воздержании от конкуренции как действительное, если такое ограничение разумно[1]. Суд не примет во внимание германского права, согласно которому ограничение в течение свыше двух лет недействительно, а также и румынского права, по которому любая оговорка о воздержании от конкуренции, повидимому, считается недействительной. Другой пример: двое домицилированных итальянских граждан заключают в Лугано договор, который они подчиняют английскому праву, так как они хотят избежать действия некоторых итальянских императивных норм. Английский суд применит английское право как «свойственное данному договору право» и, следовательно, отвергнет любую итальянскую норму. Если суд усмотрит, что в договоре не обусловлено законное встречное удовлетворение, он объявит договор недействительным, хотя итальянское и, в данном случае, также и швейцарское право не требуют встречного удовлетворения. Такая позиция судов во всех странах основана не только на вполне естественной склонности каждого судьи применять право своей страны, но также и на той норме, в силу которой стороны в договоре всегда могут согласиться относительно юрисдикции иностранного суда[2], независимо от того, связано ли данное дело в каком-либо отношении со страной этого суда или нет. Трудно было бы понять это правило, если бы стороны при этом не обладали правом уполномочить избранный ими суд отправлять правосудие в соответствии со своим собственным правом. По английскому делу N. V. Kwik Hoo Tong Handel Maatsch v. James Finlay[3] палата лордов даже постановила, что «стороны, подчиняя свой договор английскому суду, молчаливо согласились о том, что право этого суда должно регулировать также и решение спора».

404. Выбор больше чем одной правовой системы

III. Договаривающимся сторонам разрешается подчинить отдельные части своего договора различным системам права. В таких случаях стороны выбирают не одно свойственное договору право, а несколько правовых систем, которые должны регулировать возникающие между ними правоотношения. Такие примеры встречаются часто[4]. В договоре продажи стороны

---

[1] См. Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns Co. (1894) A. C. 535.

[2] См. об этой норме *Neuner*, Internationale Zuständigkeit, 28, 39 Ср. также ниже, § 419.

[3] (1927) A. C. 604.

[4] Jacobs v. Crédit Lyonnais (1884) 12 Q. B. D. 589, 600. British South Africa Co. v. De Beers Cons. Mines (1910) 1 Ch. 354, 382.

могут прямо или в подразумеваемой форме обусловить, что обязанности каждой стороны должны регулироваться правом места исполнения обязательства. В Германии такое разделение обязанностей продавца и покупателя в действительности настолько преобладает, что оно является правовой нормой, применяемой в тех случаях, когда стороны сами не указали в договоре подлежащего применению права[1]. Очень часто стороны, хотя и подчиняют свою сделку в целом какой-либо одной правовой системе, все же делают некоторые исключения в отношении определенных пунктов: они, например, обусловливают, что срок, в течение которого покупатель обязан осмотреть поставленные ему товары и сделать заявление об обнаруженных дефектах, должен определяться по закону, действующему в месте поставки товаров[2]. Далее, в сделки внешних займов часто включается условие, предусматривающее уплату капитального долга и процентов, по выбору кредитора, в одной из двух или более стран и в валюте избранной им страны; в таких случаях стороны часто договариваются о том, что право страны, избранной кредитором, ответит на все вопросы, касающиеся подлежащей уплате суммы и способов платежа[3]. По договору поручения отношения между принципалом и агентом (доверителем и поверенным) могут регулироваться иной правовой системой, нежели та, которая определяет возникновение, объем и отозвание полномочий агента, предоставляющих ему право создавать обязательства для принципала (доверителя) в отношении третьих лиц[4].

405—406. *Изменения в избранном праве*

IV. При выборе «свойственного договору» права стороны подчиняют свой договор определенной правовой системе в целом—системе, с которой договор, по их мнению, имеет существенную связь. Если такая правовая система впоследствии подвергается изменениям путем введения некоторых принудительных норм, то правовая система применяется в своей измененной форме, и стороны обязаны подчиниться новым постановлениям. Допустим, что английский должник прямо выразил согласие подчинить праву штата Нью-Йорк свой заем в золотых долларах, выпущенный в Нью-Йорке в 1930 г. При этих

---

[1] *Neuner* в Rabel's Z., 2, 108; *Haudek*, loc. cit., 72. Разделение единого договора влечет за собой много затруднений и большие неудобства См. ниже, § 414.

[2] Примеры: Германский верховный суд (Offic. Coll), 46, 195; 73, 390; 81, 273.

[3] Rex v. International Trustee (1937) A. C. 500, 574. См. ниже, § 437.

[4] Chatenay v. Brazilian Submarine Telegraph Co. (1891) I Q. B. (C. A.) 79, 83. Maspons y Hermano v. Mildred (1882) 9 Q. B. D. (C. A.) 530, 539. О договоре поручения в международном частном праве см. ниже, § 424.

условиях кредиторы, после аннулирования объединенной резолюцией 1933 г. золотой оговорки в договорах, не могут требовать уплаты займа в золотых долларах или их стоимости в бумажной валюте. Подчинение договора определенной правовой системе не означает подчинения тем ее постановлениям, которые действуют на день заключения договора, а подчинение живущему и изменяющемуся правовому организму. Этот принцип был положен в основу решения по делу Chesterman's Trusts.

В 1911 г. немец занял в голландском банке определенную сумму в марках; заем регулировался германским правом. Когда началась война, Германия отошла от золотого стандарта, и по наступлении срока платежа по займу внутренняя (реальная) стоимость марки была равна почти нулю. Апелляционный суд постановил, что кредитор не может требовать уплаты в такой форме, в какой долг должен был бы быть оплачен в 1911 г., т. е. в золотых марках или в их эквиваленте. Подлежащим применению германским правом «должно быть такое германское право, каким оно существует в своем развитии, и кредиторы не могут принимать это право таким, каким оно существует в одно время, и требовать, чтобы их права были урегулированы в соответствии с тогдашним состоянием германского права, хотя оно в дальнейшем подверглось изменению». Сомнительно, можно ли признать правильным такое положение также и в отношении таких революционных изменений в праве, которые доходят до разрушения прежней правовой организации и вводят совершенно иную правовую систему. Необходимо исходить из того, что новое право не имеет для сторон того значения, которое имело право, избранное сторонами.

Примечание редактора. Автор не приводит решений в пользу своей точки зрения, а его «теоретические» рассуждения не выдерживают критики. Одно из двух: либо отсылка в договоре к иностранному закону означает отсылку к этому закону, как он действует в момент заключения договора (и тогда все последующие изменения в иностранном законе не применяются к этому договору), либо такая отсылка означает как бы перенесение правоотношения по договору на территорию иностранного государства (и тогда последующие изменения в праве распространяются на данный договор). «Среднее» толкование, вызванное стремлением исключить или ограничить признание революционных законов, является недопустимой дискриминацией этих последних.

407. *Изменение суверенитета*

Мы сталкиваемся еще с одной проблемой, сходной с той, которая возникает при аннулировании какой-либо правовой системы, а именно, когда суверенитет над какой-либо территорией переходит от одного государства к другому по международному договору. На примере нижеследующего дела,

разрешенного Германским верховным судом[1], можно проследить суть возникающих при этом спорных вопросов:

До 1914 г. в прусской провинции Познани образовался долг: долг возник в связи с займом, предоставленным в Познани и подлежавшим погашению там же; договор, согласно намерению сторон, регулировался законом места исполнения обязательства (*lex loci solutionis*). Срок уплаты долга наступил после войны, когда Познанская территория находилась под польским суверенитетом. Подпадает ли платеж под германский закон о ревалоризации или же под отличающийся от него польский закон? Суд признал, что следует применить немецкий закон, и это было правильное решение. Локализация договора в определенном городе Познанской провинции не означает его локализации в той группе строений, которая образует этот город, а свидетельствует о подчинении договора системе права, действовавшей в этом городе на день совершения договора. Ко времени наступления срока платежа по долгу эта правовая система, хотя она больше уже не оставалась в силе в этом бывшем прусском городе, не была аннулирована и продолжала существовать и развиваться в Германии, и она-то и представляла собою то право, которое стороны избрали. Нельзя допустить, что стороны намеревались польским правом заменить германское право, регулировавшее их договор до войны. Такое подчинение можно было бы оправдать только в том случае, если бы обе стороны (или, по крайней мере, одна из них) имели свое место постоянного пребывания в прежней прусской провинции и продолжали бы там пребывать после войны, ибо только в том случае, если обязательство можно рассматривать как существующее на нынешней польской территории, польское государство имеет право и власть изменить условия этого обязательства.

408. Замена одной правовой системы другой

V. Могут ли стороны в договоре свободно заключить новое соглашение, которым они свой старый договор, который до этого времени регулировался правовой системой страны X, подчинят другой правовой системе—страны Y? Ответ на этот вопрос должно дать право страны X, которое вначале регулировало договор. В английском праве не возникает каких-либо возражений против утвердительного ответа на этот вопрос, при условии, что новый выбор сделан «добросовестно и законно»[2] и что не имелось в виду обратное действие новых условий. В одном перешен-

[1] Германский верховный суд, Offic. Coll., 121, 344. Ср. там же, 107, 121; 123, 134; 131, 46, 48.

[2] Употребляя терминологию лорда Райт по делу Vita Food, см. выше, § 401.

ном деле, с которым нам удалось познакомиться, стороны в своем первом договоре указали зарубежную страну как место исполнения договора и заявили, что сделка должна регулироваться правом места исполнения договора. Впоследствии стороны новым соглашением перенесли место исполнения в другую страну. Вопрос заключается в том, заменили ли они тем самым право, которое ранее регулировало их договор, правом нового места исполнения. В защиту того, что при этих условиях право действительно изменилось, можно утверждать, что право первого места исполнения больше ни в каком отношении не было связано с договором. Но даже те авторы, которые значительно ограничивают свободу сторон в выборе права, не требуют, чтобы реальная связь между договором и определенной правовой системой продолжалась в течение всего периода действия договора. Правильный ответ, повидимому, будет тот, что один лишь факт перемены места исполнения не может создать презумпции о перемене права; презумпция о том, что однажды созданное правовое положение стороны остается таким, каким оно было,—может быть опровергнута только ясными доказательствами того, что стороны по этому пункту заключили новое соглашение.

409. Прямо выраженный выбор

VI. После того как мы исследовали, какую или какие правовые системы в праве избирать стороны в договоре, нам остается еще описать способы, которыми такой выбор права может производиться.

Прямо выраженные условия о подлежащем применению праве встречаются не очень часто. Прямое выражение имеет место особенно в тех случаях, когда договор составляется с помощью юридических советников или когда стороны пользуются типовыми формами договоров, составленными юристами. Заслуживает удивления тот факт, что даже такие типовые формы общих деловых условий, которые применяют или на которые ссылаются страховые компании, судовладельцы, железнодорожные компании, банки и другие крупные коммерческие предприятия, часто не содержат указаний о праве, подлежащем применению к соответствующей сделке. Еще более поразительно, что такие упущения встречаются даже в условиях облигаций внешних займов, выпущенных суверенными государствами[1]. В отдельных договорах, заключаемых между двумя купцами, очень редко встречаются прямые указания на правопорядок, которому подчинен договор.

---

[1] Rex v. International Trustee (1937) A. C. 500, 531, 557.

410. Подразумеваемый выбор права

Если прямо выраженное условие отсутствует, то иногда из текста договора возможно сделать вывод о подразумеваемом соглашении между сторонами относительно «свойственного договору права». Договор, заключенный между англичанином и шотландцем, содержит некоторые правовые формулировки, относящиеся к шотландскому праву и неизвестные английскому праву. Другой договор, в котором сторонами были немец и англичанин, употребляет (1891 г.) термины «Act of God» (стихийное бедствие) и «Queen's Enemies» (враги королевы), которые,—особенно второй,—не имеют никакого смысла с точки зрения германского права. В обоих приведенных случаях стороны своими формулировками показали, какое право они имели в виду при заключении своего договора: в первом случае шотландское, во втором—английское право[1].

Более яркой иллюстрацией является одно германское дело: в договоре между немцем и австрийцем, подлежавшем исполнению в Германии, было сказано, что договаривающиеся стороны «прямо отказываются от права требовать аннулирования договора и восстановления прежнего положения (*in integrum*) в случае так называемого «*laesio enormis*»*. Германское право не содержит ни понятия о восстановлении прежнего положения (restitutio in integrum), ни понятия *laesio enormis*, между тем как австрийский кодекс содержит оба эти понятия и прямо указывает на то, что расторжение договора и реституция на основании такого *laesio* не имеют места, если одна из сторон в договоре в прямо выраженной форме отказалась от права воспользоваться laesio[2]. Таким образом, нет никакого сомнения в том, что стороны имели в виду австрийское право как право, регулирующее их договор.

Иногда остается неясным, означает ли прямо выраженное условие о праве, подлежащем применению к некоторым из пунктов договора, также и подразумеваемое подчинение всего договора этой же правовой системе. Эта неясность была одной из проблем по делу The Torni[3]: там фигурировал выданный в Палестине коносамент, который содержал оговорку о том, что договор (коносамент) должен быть «толкуем по англий-

---

[1] Re Hewitt's Settlement (1915) I Ch. 228, 233; The Industrie (1894) P. 58, 72, 73.

* По закону Диоклетиана продавец, получивший за товар менее половины его «обыкновенной стоимости», т. е. потерпевший laesio enormis—чрезвычайный ущерб,—мог требовать расторжения договора; это правило перешло в германское «общее право» и было отменено лишь германским гражданским уложением 1896 г.—*Прим. перев.*

[2] Австрийский гражданский кодекс 1811 г., ст. ст. 934, 935.

[3] (1932) P. 78, 84.

скому праву». Апелляционный суд (судья Скраттон) отказался признать, что это означает, что договор в целом «регулируется» английским правом, и признал палестинское право «свойственным данному договору». Но в одном более позднем (канадском) деле[1] судебная комиссия Тайного совета отвергла это различие как «чисто словесное и слишком узкое для того, чтобы создать существенное различие».

БИБЛИОГРАФИЯ

Основными работами являются:
Haudek, Die Bedeutung des Parteiwillens im Int. P. R. (1931); *Battifol*, Les conflits des lois en matière de contracts (1938); *Jos. Jitta*, La substance des obligations, vol. I (1906); *Niloyet*, La théorie de l'autonomie de la volonté, in Rec. 16 (1927, I) 5. *M. Caleb*, Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté (1927). Кроме того: *Audinet*, в Mélanges Pillet (1929, I) 57. *Holland*, J. Clunet, 1936, 112. *Anzilotti*, в Diritto Commerc. XXII (1904). v. *Szaszi*, Théori de l'autonomie, Rev. crit., 1935, 676. Американское право: Restatement, § 332 et seq. W. *W. Cook*, Illi . L. R., 31, 143; 32, 899; 34, 423, *Lorenzen*, Yale L. J., 30, 565, 655; 31, 53. *Barbey*, Le conflit des lois en mat. de contrats dans le droit des Etats-Unis (1938). *Nussbaum*, 51 Yale L. J., 893. *Algot Bagge*, Les conflits de lois en matière de ventes, 25 Rec. (1928, V) 129. *Stein*, Le droit internat. des assurances, 19, Rec. (1927, IV) 125.

Отсутствие избранного сторонами правопорядка

411. Две точки зрения

I. В значительном большинстве договоров стороны не делают никакого выбора права ни в прямо выраженной, ни в подразумеваемой форме. Какое право должен судья применять в таких случаях? На этот вопрос можно дать два ответа:

1) Судья должен установить, какое право избрали бы стороны, если бы их внимание было обращено на этот момент в договоре. Здесь вместо прямо выраженного или подразумеваемого намерения выступает гипотетическое намерение, часто неправильно называемое предполагаемым и еще более неправильно—подразумеваемым намерением. Суды всех стран приняли на себя задачу выяснения того, что сделали бы стороны, если бы они думали о существенном значении определения права, подлежащего применению.

2) Теоретики права, однако, в значительной части отвергли это положение и выработали иное правило, а именно: судья должен найти решение вопроса по объективным фактам рассматриваемого им дела. Он должен, по удачному выражению Вестлей-

---

[1] Vita Food Products v. Unus Shipping Co. (1939) A. C. 277.

ка[1], исследовать, с каким правом договор имеет наиболее реальную связь.

Вопрос о том, какой из этих двух формул следует отдать предпочтение—субъективной или объективной,—не имеет большого значения. Если делается попытка установить гипотетическое намерение сторон, то при этом необходимо установить, какое место стороны, как здравомыслящие люди, рассматривали бы как «центр тяжести» договора, а попытка установить такое намерение в большинстве случаев была бы равносильна применению судьей объективного критерия. Существует только одно различие (между методом построения гипотетической воли сторон и применением объективного критерия), которое, однако, еще не было принято во внимание ни одним судом. Какое право должно применяться, если договаривающиеся стороны не пришли к соглашению относительно какой бы то ни было из подходящих правовых систем? Возможно, что каждая из сторон считает согласованным, что должно применяться ее собственное право. Следует ли, в самом деле, в таком случае решить, что при отсутствии гипотетического намерения в отношении применимого права самый договор не был законно заключен, так как он не подчинен никакому определенному праву? Такое решение было бы желанным для той стороны, которая, в связи с повышением или падением цен, хотела бы освободиться от принятых на себя обязательств. Но в такого рода случаях объективная формула обнаруживает свои преимущества. С другой стороны, было бы неправильно полностью отвергать «субъективный» метод, которым суды всюду пользуются. Ценность этого последнего метода заключается в том, что он побуждает судью отыскивать «центр тяжести» договора, для того, чтобы отчетливо представить себе действительный образ действия сторон в момент заключения ими договора, и не позволяет судье полагаться только на абстрактное и идеальное существо, именуемое «разумным» человеком.

412. Способы выявления свойственного договору права

II. Для того чтобы выявить правовую систему, с которой договор имеет наиболее тесную связь и относительно которой стороны, вероятно, согласились бы при заключении своего договора, судья должен тщательно изучить все обстоятельства данного конкретного дела. Суд должен при этом стремиться к применению «здравых деловых идей, учитывать выгоды сторон и смысл выражений самого договора»[2]. Но это не «един-

---

[1] *Westlake*, s. 212; *Cheshire*, p. 254; *Morris*, loc. cit., 337. См. Jurid. Rev., 1937, 121.

[2] Jacobs v. Crédit Lyonnais (1884) 12 Q. B. D. (C. A.) 589, 601.

ственно верный» руководитель: вся обстановка заключения договора и его экономические цели, рассматриваемые с точки зрения сторон, имеют такое же существенное значение. Строгие нормы английского права относительно интерпретации договоров неприменимы в тех случаях, когда судья стремится установить не то, что стороны имели в виду, заключая свой договор, а то, что они имели бы в виду, если бы они осуществили выбор права. Едва ли возможно перечислить все обстоятельства, которые могут дать ключ к разрешению задачи и которые судья должен сопоставлять одно с другим. В решении по делу Rex v. International Trustee[1] лорд Аткин указывает на четыре типичных факта, которые могут привести к «первоначальному выводу» о применимом праве, и все они могут быть опровергнуты контрсоображениями[2]: место совершения договора, место исполнения договорных обязательств, местонахождение недвижимого имущества, составляющего предмет договора, и флаг, под которым судно плавает. Первые два из приведенных фактов являются общими, так как всякий договор имеет место своего заключения и место исполнения, и выбор между ними иногда затруднителен, если нет никаких иных обстоятельств, указывающих на значение одного из этих мест. С другой стороны, оба эти факта могут уступить место какому-нибудь преобладающему третьему критерию, тем, например, двум особым критериям, о которых упоминает лорд Аткин: местонахождению недвижимости и флагу судна.

413. *Lex loci actus*

1) Место, где договор был заключен. Презумпция в пользу закона места совершения акта (*lex loci actus*) очень стара. Она восходит еще к доктрине статутариев, у которых принцип *locus regit actum* имел в виду не только форму, но и содержание договора. Этот принцип воспринят в некоторых современных правовых системах, особенно в австрийском гражданском кодексе 1811 г., в португальском торговом кодексе 1884 г., в польском Законе 1926 г., в старом и новом итальянских гражданских кодексах (1865 и 1938 гг.), в кодексе Бустаманте и в некоторых латиноамериканских кодексах[3]. Выдающееся значение принципа *lex loci actus*, кроме того, на практике признается французскими, бельгийскими, голландскими и испанскими, судами, равно как и правом Соединенных Штатов Америки[4]. Английское

---

[1] (1937) A. C. 500, 529.

[2] См. также лорд Райт в Mount Albert Barough Council v. Australasian Temperance Society (1938) A. C. (P. C.) 224, 240.

[3] RVglHWB. IV. 375, 376.

[4] Restatement, § 332, et seq.

право, которое раньше придерживалось того же взгляда, в последние десятилетия проявляло тенденцию ко все более редкому применению принципа *lex loci actus*. Несмотря на то, что утверждали, что презумпция (*prima facie rule*) в пользу этого принципа может быть опровергнута только в том случае, если будет доказано «прямо выраженное намерение» сторон[1],— английские суды фактически придерживаются более либеральной практики[2]. В самом деле, если единственным моментом, указывающим на право данной страны, является то обстоятельство, что договор был заключен в этой стране, и если не имеется никаких дополнительных источников, указывающих на место заключения договора (как на надлежащую привязку), то место едва ли может рассматриваться как достаточный критерий. Так же как способность (право- и дееспособность) лица и его гражданское состояние определяются не местом его временного пребывания, но его оседлостью, и так же, как *iura in rem* не регулируется правом места транзитного нахождения движимого имущества[3],—точно так же и заключение и действие договоров определяются местом их заключения только в том случае, если существует какая-либо более тесная связь между этими местами и договором, например, если в этих местах находится контора предприятия одной из сторон в договоре, или если там производятся обусловленные в договоре товары, или если это место одновременно является также и местом исполнения какого-либо существенного договорного обязательства. В частности, тождественность места исполнения и места заключения договора всегда рассматривалась как убедительное указание на то, что должно применяться право этого места[4].

Бывает, однако, так, что при заключении сделок на международных ярмарках, рынках, выставках и т. п. ни одна из сторон не знает или не заботится о месте пребывания, гражданстве или месте коммерческой деятельности другой стороны. В таких случаях *lex loci actus* является единственным критерием. Сделки, совершаемые на ярмарках, рынках или фондовых биржах, носят своеобразный характер. Каждый из этих договоров представляет собой один из сотен подобных договоров, и все они более тесно связаны с местом, где они были заключены, чем

---

[1] Jacobs v. Crédit Lyonnais (1884) 12 Q. B. D. 589, 600. См. South African Breweries v. King (1900) I Ch. (C. A.) 273; Lloyd v. Guibert (1865) L. R. 1 Q. B. 115, 122.

[2] См., например. Maritime Insurance Co. v. Assekuranz Union, 52 Ll. L. R. (1915) 16, 19 (полис был составлен одной стороной в Гамбурге, а другой стороной в Ливерпуле; при таких обстоятельствах «место совершения договора» не может быть решающим).

[3] См. о товарах в пути ниже, §§ 494, 495.

[4] Chatenay v. Brazilian Submarine Telegraph Co. (1891) I Q. B. (C. A.) 79, 82. Hamlyn v. Talisker Distillery (1894) A. C. 202, 212.

любые иные договоры. Эта особенность восходит к средним векам: на международных ярмарках в Шампани[1] зародилось единообразное торговое право, применявшееся ко всем заключавшимся там сделкам.

414. *Lex loci solutionis*

2) **Место исполнения договора.** Преобладание принципа *lex loci solutionis* особенно защищалось Савиньи и воспринято германским и швейцарским правом[2]. Но склонность к этой доктрине можно обнаружить уже в эпоху статутариев. Неизменно стремясь подкрепить свои взгляды цитатами из Дигест, они ссылаются на Dig., 44, 7, 21[3] и 42,5,3[4]. Эти статьи Дигест предлагают, чтобы договор рассматривался как заключенный не в том месте, где состоялась сделка, а там, где должник должен исполнить свое обязательство. Таким образом, место исполнения обязательства они трактовали как фиктивное место заключения договора. Этот способ разрешения задачи был принят Ульрихом Губером и другими голландскими юристами и уже через них проложил себе дорогу в Англию[5]. Он способствовал тому, что значение действительного места заключения договора было значительно ослаблено в пользу места его исполнения. Английские суды большей частью применяют право места исполнения обязательства в отношении некоторых обязанностей, подлежащих исполнению вне места заключения договора[6]. Действительно, в пользу применения закона места исполнения обязательства можно сказать многое, если сравнивать этот принцип с принципом применения закона места совершения документа. Исполнение является конечной целью договора; таким образом, совершенно понятно, что место, в котором должно состояться

---

[1] Ланьи на Марне, Бар-сюр-Об, Труа, Провен; позднее—лионские ярмарки. См. *Goldschmidt*, Universalgeschichte des Handels Rs, 224 et seq.

[2] *Savigny*, S. 208. См. *Lewald*, p. 224 et seq. Германский верховный суд, Off. Coll., 6, 131; 9, 227; 12, 36; 46, 199; 54, 316; 55, 117 и т. д. Швейцарский федеральный суд, Offic. Coll., 32, II. 264; 50, II. 27 и др.

[3] «Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in quo ut solveret se obligavit» (лицо считается заключившим договор в том месте, где оно обязалось его исполнить).

[4] *«Contractum... non utique eo loco intelligitur quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia* (заключение договора считается имевшим место не там, где ведется дело, а там, где надлежит уплатить деньги).

[5] См., например, Warrender v. Warrender (1835) 2 Cl. and Fin., 488, p. 509. См. выше, § 312.

[6] Adelaide Electric Supply Co v. Prudential Assurance Co. (1934) A. C. 122, 151. Chatenay v. Brazilian Submarine Telegraph Co (1891) I Q. B. 79, 83. Rouquette v. Overmann (1875) L. R. 10 Q. B. 525, 536, 537 (поручитель несет ответственность по тому же закону, что и основной должник, обязательства которого определяются правом места их исполнения). Benaim v. Debono (1924) A. C. 514 и другие.

исполнение, должно рассматриваться как действительный пункт, к которому «тяготеет» обязательство. Место заключения договора часто зависит от случайных обстоятельств, о месте исполнения обязательства этого нельзя сказать. С другой стороны, определение места исполнения обязательства в некоторых случаях затруднительно: договор перевозки из страны X в страну Y транзитом через страну Z может быть исполнен только во всех трех перечисленных странах. Договорное обязательство о воздержании от конкуренции в пределах коммерческой сферы другой стороны охватывает, если имеются в виду страны Европы, более тридцати стран и подлежит исполнению в каждой из них. Основное возражение против применения закона места исполнения само по себе проявляется в двусторонних договорах, по которым соответствующие обязательства обеих сторон иногда подлежат исполнению не в одном и том же месте[1]. Такие возражения, однако, только доказывают, что невозможно «изобрести» такой критерий, который оказался бы одинаково подходящим для всех договоров. В некоторых случаях предпочтительнее место заключения договора, в других случаях—место его исполнения; выбор, в общем, зависит от обстоятельств дела.

Следующие обстоятельства дали повод для поучительного решения германского верховного суда. Во время Русской революции, русский гражданин, домицилированный и постоянно пребывавший в России, но намеревавшийся эмигрировать, одолжил у одной русской женщины, так же еще проживавшей в России и намеревавшейся ее покинуть, определенную сумму денег и выдал ей чек на 1000 долларов, выписанный на его счет в американском банке в Нью-Йорке. Одновременно он вручил ей письменное признание своего обязательства уплатить сумму в 1000 долларов в американской валюте, если американский банк откажется оплатить чек. Банк отказал в уплате чека, и после эмиграции из России обеих сторон кредитор предъявил в германском суде иск, основанный на этом письменном обязательстве: должник тем временем приобрел германский домицилий. По русскому праву сделка между сторонами в целом была недействительной как нарушающая валютные декреты Советского Правительства. Германский суд[2] отказался применить русское право не по соображениям германского публичного порядка, а потому, что стороны, если бы их внимание при заключении сделки было обращено на вопрос о применимом праве, несомненно согласились бы на том, что русское право не должно применяться, несмотря на то, что оно было правом места совершения договора и

[1] Выше, § 404.
[2] Offis. Colls. 108, 241.

местом общего домицилия и резиденции обеих сторон. В этом случае значительно легче было сказать, какое право не было бы избрано сторонами, чем установить право из вероятного выбора[1]. Германский суд, стоявший перед выбором между германским и американским правом, решил в пользу германского права, так как он признал, что обусловленным по договору местом исполнения обязательства был будущий домицилий должника, не известный в момент заключения сделки. Хотя исключение применения русского права, вероятно, было бы одобрено судами другой страны, но выбор германского суда едва ли можно признать достаточно обоснованным. То обстоятельство, что чек был выписан на американский банк и подлежал оплате в Нью-Йорке, а также и то, что должник прямо обязался произвести платеж в американской валюте,—все это указывало на Нью-Йорк как на обусловленное договором место исполнения обязательства.

Примечание редактора. Весь этот казус относится не к вопросу о пределах действия закона места исполнения договора, а к проблеме обхода закона в международном частном праве. Стороны заключили в РСФСР валютную сделку, незаконную с точки зрения советского права, и в целях обхода советского закона «подчинили» ее иностранному праву. Может ли иностранный (несоветский) суд признать сделку действительной? Рейхсгерихт в решении 3 октября 1921 г. (которое одобряется Вольфом) ответил на этот вопрос утвердительно и тем санкционировал сделку, заключенную в РСФСР в нарушение советского закона. Но в дальнейшей своей практике (о которой Вольф не упоминает) Рейхсгерихт не решался продолжать линию пособничества в нарушении советских законов: в решении 1 июня 1931 г. Рейхсгерихт признал, что валютная сделка, заключенная в СССР в нарушение советского закона, ничтожна (J. Clunet, 1934, p. 154).

Вообще говоря, вопрос о том, как суд должен относиться к сделкам, направленным в обход иностранных законов, в буржуазной практике обсуждался не раз. В 1929 г. британский суд, например, признал, что сделка, имевшая целью прямое нарушение американского сухого закона, недействительна, ибо она нарушает британский публичный порядок, требующий уважения к законам иностранного государства (приведено в статье В. М. Корецкого «Оговорка о публичном порядке в англо-американской судебной практике по делам, затрагивающим интересы СССР», Ученые записки Харьковского юридического института, вып. 1, 1939 г., стр. 149).

Таким образом, при надлежащем исследовании вопроса даже буржуазный юрист должен будет признать, что одобрение, которое Вольф выражает германскому решению 1921 г., является по меньшей мере необоснованным.

415. *Lex situs fundi*

3) **Место нахождения недвижимого имущества.** При исследовании вопросов права собственности мы увидим, что переда-

[1] См. подобное положение в решении германского верховного суда, опубликованном в JurW. 1928, 1196.

ча недвижимого имущества, расположенного в стране *X*, или договор о выдаче закладной, установлении рентных платежей с недвижимости или других прав—регулируется исключительно правом места нахождения имущества. Такой принудительной нормы не существует в отношении договоров, по которым одна из сторон обязуется передать другой стороне имущество или передать какое-либо вещное право. Договаривающиеся стороны могут подчинить такой договор праву какой-либо другой страны; но сильная презумпция в пользу lex situs все же и здесь существует[1]. Эта презумпция может быть вытеснена обстоятельствами договора. Три брата, все домицилированные англичане, имевшие долю в земельном участке в Чили, путем переписки заключили договор, по которому двое из них продали свои доли третьему брату.

Английский суд признал, что договор должен подчиняться английскому праву, так как все стороны имели английский домицилий, хотя покупатель имел место своего постоянного пребывания либо в Перу, либо в Чили[2]. Хотя это решение можно подвергнуть критике[3], но в действительности бывают положения, когда первоначальный вывод в пользу *lex situs* опровергается противоположными показателями. Пример: английские сонаследники, желая избежать судебного иска, касающегося толкования завещания английского завещателя, заключают друг с другом соглашение, по которому все имущество умершего распределяется между ними определенным образом. Имущество, главным образом, состоит из английских ценных бумаг, депонированных в английском банке, и из небольшого земельного участка в Шотландии. Договор будет подчиняться английскому праву даже и в отношении шотландской недвижимости.

416. Право флага

4) Флаг, под которым судно плавает[4]. Право флага, в первую очередь, применяется ко всем морским договорам. Но оно, однако, легко вытесняется противоположными условиями в тех случаях, когда договоры заключаются до отплытия судна[5],

---

[1] Lloyd v. Guibert (1865) L. R. I. Q. B. 115, 122.

[2] Cood v. Cood (1863) 33 L. J. Ch. 273, 278 (per *Romilly, M. R.*). См. также Campbell v. Dent (1838) 2 Moore P. C., 292, 307.

[3] Можно ли найти (подсознательное) основание для этого решения в том пристрастии, которое всякий суд проявляет к своему собственному праву? Если бы эти три брата были домицилированными чилийцами, а один из них—английским резидентом, и земельный участок был бы расположен в Англии, то применил ли бы английский суд чилийское право?

[4] См. выше, § 91 (4)..

[5] См. Chartered Mercantile Bank of India v. Netherlands India. Steam Navig. Co. (1883) 10 Q. B. D. (C. A.) 521, 529.

особенно когда речь идет о договорах о морской перевозке. Если германское судно зафрахтовано английскими фрахтовщиками по английской чартер-партии и английскому коноссаменту и если порт доставки груза тоже английский, то договор будет регулироваться английским правом, а не правом флага[1]. Выводы из права флага значительно решительнее «в отношении таких договоров, которые капитан судна может оказаться вынужденным заключить в пути»[2], в особенности договоров о бадмерее (ссуде под залог судна или груза)[3] и договоров о продаже груза в портах, где судно потерпело бедствие[4]. Третья сторона, с которой капитан заключает договор, должна быть в состоянии верить в полномочия капитана на заключение договора в пределах, определяемых правом флага. Договоры, заключенные на борту судна, рассматриваются как заключенные в стране флага; таким образом, в тех случаях, когда решающим является право места заключения договора, право флага заменяет это право[5].

Кроме этих четырех основных критериев, имеется еще большое количество обстоятельств, которые необходимо учитывать, когда делаются попытки установить подлежащее применению право. Укажем эти обстоятельства.

417. Место постоянного пребывания, домицилий, местонахождение предприятия

5) Место постоянного пребывания (резиденция), домицилий, место торговой деятельности сторон или, по крайней мере, должника. Многие выдающиеся теоретики, например, Бар и Гутцвиллер[6], даже защищают преимущество права места постоянного пребывания должника или же—если должник купец—права места его торговой деятельности. Хотя эти предложения заходят слишком далеко, но на самом деле бывают определенные положения, при которых место ведения торговой деятельности сторон является наиболее подходящим критерием. Договоры страхования, за исключением договоров перестрахования,

---

[1] The San Roman (1872) L. R. 3 A. and E. 583, 592, 593. См. также The Industrie (1894) P. (C. A.) 58, 72, где переговоры о договоре велись английскими брокерами от имени германского судовладельца и английских грузоотправителей и чартер-партия (фрахтовый контракт) была заключена по английской форме: апелляционный суд исключил право флага и применил английское право.

[2] The Njegos (1936) P. 90, 107.

[3] Lloyd v. Guibert (1865) L. R. I Q. B. 115, 125. The Gaetano and Maria (1882) 7 P. D. (C. A.) 137, 142.

[4] The August (1891) P. 328, 339.

[5] The Adriatic (1931) P. 241, 246.

[6] *Bar*, II. 23; *Gutzwiller* 1607, 1608.

заключаемых между страховыми компаниями, в случае сомнения будут регулироваться правом местонахождения конторы страховщика[1]. То же самое, вероятно, будет правильно и в отношении большинства договоров другого рода, заключенных на типовых условиях, установленных крупными промышленными, торговыми или железнодорожными компаниями; договоров, «в которых преобладает одна воля, диктующая свое право не только отдельным лицам, но и неопределенному множеству, предоставляя всем тем, кто желает войти с указанными компаниями в соглашение, всего лишь безоговорочно принять условия договора, присоединиться к ним,—так называемых «договоров присоединения»[2]. Масса таких договоров, заключенных на идентичных условиях и «гораздо более приближающихся к закону», чем к соглашению двух или более сторон, совместно разрабатывающих текст договора, может сохранить свое единообразие только в том случае, если все договоры регулируются одним и тем же правом,—причем имели место очень решительные высказывания в пользу того, что этим правом должно быть право местонахождения предприятия. К тому же можно предположить, что солиситоры или адвокаты, нотариусы и подобные им лица, осуществляющие какую-либо профессиональную деятельность, подчиняют договоры, которые они заключают со своими клиентами, праву того места, где они обычно осуществляют свою деятельность, независимо от того, где им предстоит выполнить возложенную на них задачу[3]. Равным образом, иностранный врач, вызванный в Англию к английскому пациенту, вероятно, заключает договор по праву его собственной страны, а не по английскому праву. Утверждали, что того обстоятельства, что одной из сторон в договоре является суверенное государство, достаточно, чтобы право этого государства применялось ко всем заключенным им договорам или, во всяком случае, к любому международному займу, который оно заключает[4]. Но этот взгляд был отвергнут палатой лордов в решении по делу Rex v. International Trustee[5].

По этому делу британское правительство выпустило обязательства в Нью-Йорке; данные взаймы деньги были выплачены в долларах, все зарегистрированные обязательства

[1] Cp. Spurrier v. La Cloche (1902) A. C. 446, 450.

[2] *Saleilles*, De la déclaration de la volonté, 1901, p. 229, первый обратил внимание на «договоры» этого рода, очень метко назвав их «договорами присоединения».

[3] Польский Закон о международном частном праве 1926 г., ст. 8, № 6, содержит определенную норму по этому поводу, но эта норма, вероятно, правильна и для всех других правовых систем.

[4] Smith v. Weguelin (1869) L. R. 8 Eq. 198, 212. Goodwin v. Robarts (1876) I App. Cas. 476, 495.

[5] (1937) A. C. 500, 530, 553, 554.

подлежали регистрации в Нью-Йорке и там могли переходить от одного владельца к другому путем регистрации; платежи должны были производиться (согласно опциону) в Америке; наконец, заем был гарантирован соглашением о залоге, заключенным и данным в Америке. При наличии перечисленных фактов лорд Аткин заявил, что «неопровержимый вывод» приводит к тому, что американское право является свойственным договору правом.

418. *Гражданство (национальность)*

6) Во всех правовых системах, за исключением английского права, г р а ж д а н с т в о с т о р о н в д о г о в о р е, во всяком случае если оно одно и то же для обеих сторон, является существенным обстоятельством для определения применимого права. В Италии, как по старому либеральному кодексу 1865 г. (который в этих вопросах составлялся под влиянием идей Манчини), так и по фашистскому кодексу 1938 г., общее гражданство сторон является основным критерием; то же имело место и в Германии при условии, что обе стороны—германские граждане[1]. В Англии общему гражданству, повидимому, придается небольшое значение, так как британское гражданство никогда не является достаточным для того, чтобы указать на подлежащее применению (английское, шотландское, южноафриканское и т. д.) право.

419. *Подчинение праву суда, имеющего юрисдикцию по делу в силу соглашения сторон (право договорной юрисдикции)*

7) Гораздо более решающий фактор для установления применимого права может вытекать из договорного условия о том, что могущие возникнуть между сторонами споры подлежат разрешению судами определенной страны или арбитражем[2]. Старое выражение «*qui eligit iudicem eligit ius*»—кто выбирает судью, тот тем самым избирает право,—все еще имеет некоторое значение, хотя выводы из такого условия не являются безусловными. Возможно, что было бы правильно проводить различие между подчинением обычному суду иностранного государства и условием об арбитраже. В первом случае можно считать правильным истолкование условия в том смысле, что иностранный суд должен применить свои собственные коллизионные нормы для того, чтобы выявить «свойственное договору

---

[1] Германский верховный суд, Offic. Coll., 68, 207; 120, 72.

[2] Hamlyn and Co. v. Talisker Distillery (1894) A. C. (Scot. C.) 202, 212. N. V. Kwik Hoo Tong Handel Maatsch. v. James Finlay and Co. (1927) A. C. 604. The Njegos (1936) P. 90, 100. Ср. также Vita Food Products v. Unus Shipping Co (1939), A. C. (P. C.) 277, 290 и выше, § 403.

право». При наличии условия об арбитраже такая компетенция иностранного суда едва ли будет соответствовать презюмируемому намерению сторон. Если они, например, передают спор на рассмотрение Лондонской хлебной биржи[1], то они, вероятно, ожидают, что арбитр разрешит их спор так, как если бы этот спор был чисто английским делом, т. е. с применением английского права так, как арбитр его понимает. Задача выяснения того, какое право применил бы Высокий суд к данному случаю, выходит за пределы того, что можно требовать от обыкновенного арбитра.

420. *Право, способствующее действительности договора*

8) Часто указывалось на то, что существует презумпция в пользу права, способствующего действительности (сохранению в силе) договора[2]. Этот взгляд основан на том общем принципе интерпретации договоров и завещаний, который стремится сохранить сделку в силе(ut res magis valeat quam pereat). Эта презумпция, однако,если ее применять с недостаточной осторожностью, может привести к неудачным результатам. Возьмем случай[3], когда француз покупает у французской пароходной компании билет на перевозку его семьи и его багажа из Мадагаскара в Соутгемптон, когда в билете содержится оговорка об освобождении компании от ответственности в случае утраты багажа, когда—как это было раньше—эта оговорка действительна по английскому праву и недействительна по французскому и когда стороны ни в прямо выраженной, ни в подразумеваемой форме не определили права, которому подчиняется их договор. Все приведенные обстоятельства, за исключением английского порта назначения (груза), указывают на французское право. Является ли то обстоятельство, что по французскому праву оговорка, освобождающая от ответственности, недействительна, достаточным основанием для того, чтобы суд объявил англий-

---

[1] Hamlyn and Co. v. Talisker Distillery, выше, p. 208.

[2] P. and O. Steam Navigation Co. v. Shand (1865) 3 Moo. P. C. (N. S.) 272. Hamlyn v. Talisker Distillery, выше, p. 215. South African Breweries v. King (1899) 2 Ch. 173, 181. In re Missouri Steamship Co. (1889) 42 Ch. D. 321. The Njegos (1936) P. 90, 107, Brit. South Africa Co. v. De Beers (1910) I Ch. 381, 2 Ch. (C. A.) 512.

[3] Измененные обстоятельства по делу P. and O. Steam Navigation Co. v. Shand (выше). По этому делу почти все указывало на применение английского права, за исключением того, что последняя короткая часть путешествия должна была проходить по территории, на которой действовало французское право. Тайный совет применил английское право по многим очевидным соображениям и по одному гораздо менее явному соображению, т. е. потому, что по французскому праву указанная оговорка была бы недействительна.

ское право свойственным договору правом—правом, с которым договор имеет наиболее реальную связь? Мы полагаем, что указанное обстоятельство не является достаточным основанием. Норма, склоняющаяся в пользу права, наиболее способствующего сохранению в силе договора, разумна в тех случаях, когда разумный человек может сомневаться в том, какая из двух правовых систем более тесно связана с договором, но не в тех случаях, когда не может быть никакого колебания в отношении правильного выбора и когда только тончайшие нити связывают договор с английским правом.

БИБЛИОГРАФИЯ

См. выше, стр. 457.

Действительность договора

421. Право, применяемое при офферте и акцепте.

I. Вопрос о том, был ли договор законно заключен, разрешается тем правом, которое регулирует действие договора, если он в действительности был законно заключен. Это право, т. е. «свойственное договору право», следовательно решает следующие вопросы:

1) Имеются ли два заявления—офферта и акцепт,—направленные к заключению договора, и была ли, в частности, офферта принята в установленный срок и в должном порядке. Если, например, англичанин, получивший офферту, отправляет по почте свой акцепт немедленно после офферты, но его письмо не поступает к немцу, сделавшему предложение, то такой договор по английскому внутреннему материальному праву будет считаться законно и полностью совершенным, а по германскому праву он будет считаться несовершенным. Свойственное же договору право, регулирующее этот договор, если он действителен,—это то право, которое должно применяться для определения его действительности. Однако вопрос о том, имеет ли вообще какое-нибудь определенное заявление или поведение (например, молчание одной из сторон) характер юридического действия или же такое явление или поведение с юридической точки зрения ничтожно, не может быть поставлен в зависимость от права, свойственного предполагаемому договору. Противоположный взгляд мог бы привести к большой несправедливости, особенно в случае молчания лица, получившего офферту. Пример: по всем скандинавским правовым системам суды склонны рассматривать молчание как принятие акцепта, если лицо, сделавшее офферту, могло ожидать, что его контрагент, получивший офферту, при желании от нее отказаться сделал бы

об этом прямо выраженное заявление[1]. В английском праве нет такой нормы[2]. Допустим, что датский купец делает письменную офферту английскому купцу, с которым он в прошлом находился в деловых отношениях; его офферта, среди прочих условий, содержит также и условие о том, что договор должен быть подчинен датскому праву. Английская сторона не отвечает на эту офферту. Может ли ее молчание быть истолковано как принятие предложения потому, что по датскому праву такое молчание рассматривалось бы как акцепт, и потому, что письмо, содержащее офферту, ссылается на датское право? Такая интерпретация невозможна. Молчание какого-либо лица может рассматриваться как действие, имеющее юридическое значение, только в том случае, если оно рассматривается таким образом правом места постоянного пребывания этого лица или местонахождения его предприятия.

2) Свойственное договору право отвечает на вопрос о том, является ли офферта безотзывной и в течение какого срока она является таковой, и препятствует ли совершению договора смерть лица, сделавшего предложение, наступившая до получения акцепта, или же смерть лица, которому предложение передано, наступившая до того, как его письмо о принятии предложения дошло до другой стороны. По этим вопросам различные правовые системы резко отличаются друг от друга. В Англии и в Соединенных Штатах офферту всегда можно отозвать до тех пор, пока договор полностью не совершен; в Германии, Швейцарии, скандинавских странах, Австрии и Венгрии офферта связывает оферента в течение определенного периода; по французскому праву она связывает его только в том случае, если лицо, сделавшее офферту, установило срок для ее акцепта. Смерть лица, сделавшего офферту, до ее акцепта по французскому и английскому праву аннулирует офферту, по германскому же праву не аннулирует.

422. Недостатки, имеющие место при выражении согласия сторон

3) Свойственное договору право (вероятно) определяет влияние на действительность договора ошибки, искажения, обмана, принуждения и подобных недостатков, имеющих место при выражении согласия сторон. Этот вопрос, однако, является спорным. Выдающиеся германские и французские ученые предложили, чтобы такого рода дефекты трактовались на тех же основаниях, что и отсутствие полной способности лица к совершению договора; и чтобы, следовательно, в таких случаях применялся

---

[1] *Rabel*, Recht des Warenkaufs, I. p. 97.
[2] Cp. Felthouse v. Bindley (1862) II C. B. (N. S.) 869.

личный закон той стороны, чье заявление страдает каким-либо недостатком. Можно многое сказать в пользу такого одинакового отношения к сторонам[1], но суды на практике не часто следуют этому взгляду[2].

423. Недостатки в отношении существа договора

1) Несомненно, что, как правило, влияние других недостатков (кроме недостатков в способе выражения согласия сторон) на действительность договора определяется свойственным договору правом. Дефекты, о которых здесь идет речь, относятся к существу договора. Примеры: а) итальянский должник, освобожденный от ответственности банкрот, обязался по договору, свойственным правом которого было итальянское право, уплатить одному из кредиторов долг, возникший до банкротства. Этот договор был действителен по итальянскому праву, между тем как по английскому праву для его поддержания недоставало встречного удовлетворения[20]. Английский суд признал, что это обстоятельство «не препятствовало действительности договора»[3]. б) Действительность условия об арбитраже зависит от свойственного договору права. По праву штата Джерси это условие было недействительно, по английскому праву—действительно. Собственник коллекции марок заключил в Джерси с английской страховой компанией договор о страховании от огня, который предусматривал подчинение английскому арбитражу. Это условие было признано действительным, потому что свойственным договору правом было английское право[4]. в) Стороны, английская и шведская страховые компании, заключили между собой договор перестрахования судна. По английскому праву этот договор был недействителен, поскольку срок его действия выходил за пределы двенадцати месяцев; по шведскому праву договор был действителен. Так как суд рассматривал английское право как свойственное договору право, он признал договор недействительным по истечении установленного предельного срока[5]. г) Договоры о зафрахтовании содержат (или, по крайней мере, содержали до введения в действие Гаагских правил) условие, освобождающее перевозчика от ответственности за небрежность, допущенную его экипажем; действительность таких условий должна

---

[1] Lewald, p. 239. Pillet, Traité prat., II, 289, См. *Sichel* 'Αρχεῖον 'Ιδιωτικοῦ Δικαίου I (1934) II. *Bartin*, Principes, II. 29, 60. *Perroud*, J. Clunet, 1933, 289. Maury, Travaux d. Com. franç., III (1937) 91.

[2] См. каталог у *Lewald*'a, 240, 241.

[3] In re Bonacina (1912) 2 Ch. (C. A.) 394.

[4] Spurrier v. La Cloche (1902) A. C. (P. C.) 446. См. также Hamlyn v. Talisker Distillery. (1894) A. C. 202.

[5] Royal Exchange Assurance Corp. v. Sjöforsäkrings Aktiebolaget Vega (1901) 2 K. B. 567, 574; (1902) 2 K. B. (C. A.) 384.

определяться свойственным договору правом[1]. д) Договор личного найма, заключенный между английскими сторонами, проживавшими в Южной Африке, содержал условие, по которому работник обязан не поступать на работу в какое-либо пивоваренное предприятие в Южной Африке в течение десяти лет после истечения срока его найма. Это условие было действительно по английскому праву и недействительно по южноафриканскому. Так как южноафриканское право было свойственным договору правом, суд признал это условие недействительным[2]. е) Вопрос о недействительности договора в связи с тем, что он нарушает мораль, разрешается свойственным договору правом; но если договор, согласно этому праву, считается действительным, как это, например, имеет место при иностранном соглашении о чартер-партии (фрахтовом договоре), английский суд отвергнет его как противоречащий английскому публичному порядку[3]. Если, наоборот, договорное обязательство находится в противоречии с добрыми нравами, с точки зрения свойственного договору права, то ни один суд не подвергнет такое обязательство принудительному исполнению, даже в том случае, если согласно *lex fori* договоры такого же рода могут законно заключаться. Пример: во Франции обещание жениться не рассматривается как юридически обязывающее действие на том основании, что было бы аморально ограничивать «свободу брака»; таким образом, такое обязательство не может быть подвергнуто принудительному исполнению также и в Англии, хотя английское право допускает законное заключение таких договоров.

424. Действительность договора, зависящая от третьих лиц

5) Действительность договора часто зависит от з а я в л е н и я т р е т ь и х л и ц. По некоторым континентальным правовым системам несовершеннолетние свыше определенного возраста обладают дееспособностью на заключение любых договоров с согласия их отца, матери или опекуна. Необходимость такого согласия определяется не свойственным договору правом, а правом, регулирующим дееспособность несовершеннолетнего, т. е. правом его домицилия[4]; функция согласия

[1] P. and O. Steamship Co. v. Shand (1865) 3 Moo. P. C. (N. S.) 272. The Chartered Mercantile Bank v. The Netherlands India Steam Navig. Co. (1882) 9 Q. B. D. 118, 10 Q. B. D. (C. A.) 521. In re Missouri Steamship Co. (1889) 42 Ch. D. 321. Jones v. Oceanic Steam Navig. Co. (1924) 2 K. B. 730.

[2] South Afric. Breweries v. King (1899) 2 Ch., 173, (1900) I Ch. (C. A.) 273.

[3] Grell v. Levy (1864) 16 C. B. (N. S.) 73.

[4] Это положение ограничено нормой (см. выше, §§ 263, 264), по которой никто не может ссылаться на свою неправоспособность в силу права своего домицилия, если он право- и дееспособен по закону места соверше-

при этом заключается в наделении лица дееспособностью. То же положение (вероятно) правильно и в отношении согласия, которое не зависит ни от права, свойственного договору, на заключение которого это согласие дается, ни от личного закона дающих согласие отца, матери или опекуна.

Совершенно другая проблема возникает в том случае, когда лицо, заключающее договор, не является недееспособным и не ограничено в своей дееспособности, но это лицо, хотя оно полностью способно к заключению договора, нуждается в согласии на это третьего лица. Типичный случай этого рода встречается, когда агент действует от имени своего принципала (доверителя) и когда действительность заключаемого им договора зависит от действительности его полномочий. Какое право разрешает вопрос о том, были ли такие полномочия законно представлены и оставались ли они в силе в момент заключения договора? Если доверитель (принципал) *П.* назначает *А.* своим агентом (доверенным), и *А.*, действуя на основании предоставленных ему полномочий, заключает договор с *Х.* от имени *П.*, вопросы о действительности этого договора, сфере и сроке его действия и возможности его аннулирования регулируются не правом, свойственным договору, который *П.* заключил с *Х.*, а также не правом, свойственным договору поручения, заключенному между *П.* и *А.*, а правом той страны, в которой делегированные полномочия должны действовать, т. е. там, где *А.* уполномочен и обязан их осуществлять[1]. Третья сторона, *Х.*, должна иметь основания считать, что иностранный агент имеет такие же полномочия, какие подобные агенты имеют по внутреннему материальному праву той страны, где договор был заключен. Если, например, договор поручения содержит условие об обязательности полномочий в течение определенного срока и такое условие недействительно по праву, свойственному договору поручения, но действительно с точки зрения права страны, в которой агент осуществляет свою деятельность, то договорное обязательство *П.* в отношении *Х.* будет действительно. В тех случаях, когда агент назначается для деятельности в нескольких странах, толкование и действие его полномочий могут быть различны в каждой из этих стран. Полномочия, созданные и определяемые не по договору,

---

ния документа. (Свойственное договору право не имеет никакого значения при решении вопроса о том, создает ли согласие полную право- и дееспособность.)

[1] Chatenay v. Brazilian Submarine Telegraph Co. (1891) I Q. B. (C. A.) 79, 83, 84, Sinfra Ltd. v. Sinfra Akt. Ges. (1939) A. E. R. 675. О договоре поручения и о полномочиях агента в международном частном праве см. *Rabel* в его Z. 3, 807; *Zitelmann*, II. 206; *Breslauer*, 50 Jurid. Rev., 1938, 282.

а в силу закона, могут иметь свой «центр тяжести» не в той стране, в которой эти полномочия (права) должны осуществляться. Так, например, полномочия капитана судна на продажу или залог груза в пути регулируются правом флага[1].

425. Незаконность договора

II. Проблема незаконности договоров требует особого исследования. С точки зрения всех континентальных систем международного частного права, ответ на этот вопрос не вызывает ни затруднений, ни сомнений. Вопрос регулируется свойственным договору правом, и ни одна иная коллизионная норма не должна приниматься во внимание. В английском международном частном праве в принципе действует та же норма. Если договор в силу ему же свойственного права недействителен ввиду его незаконности, то недействительность такого договора признается. Но если договор по свойственному ему праву законен (и действителен), то сомнительно, есть ли необходимость обращаться еще дополнительно к двум другим правовым системам, а именно: 1) к праву места заключения договора, и 2) к праву места его исполнения. Каждая из этих систем уже рассматривалась в качестве решающей[2].

1) Нельзя считать неопровержимой норму, в силу которой договор недействителен, если «его совершение незаконно с точки зрения права той страны, в которой он совершен». Допустим, что американский гражданин получает взаймы от другого американца тысячу долларов и обязуется их уплатить в золотой валюте в Лондоне, и что стороны подчиняют договор английскому праву. С точки зрения свойственного договору права, т. е. английского права, такой договор не встречает возражений: он не противоречит ни одной английской запретительной норме. Но этот договор нарушает американский закон 1933 г., по которому всякое денежное обязательство, выраженное в долларах, должно быть исполнено уплатой доллара за доллар любыми денежными знаками, которые в момент платежа являются законным платежным средством. Является ли то обстоятельство, что договор заключен в Нью-Йорке, достаточным основанием для того, чтобы применить этот закон? Это остается под сомнением. Верно, что закон места совершения договора часто тождественен со свойственным договору правом и что, как уже указывалось выше, существует сильная презумпция в пользу такого положения. Но когда эта презумпция опровергнута или если стороны в прямо выраженной форме избрали другую

---

[1] См. выше, § 416.

[2] Dicey, pp.. 655, 657. См. замечательную и полезную критику д-ра Ф. А. Манна, 18 Brit. Y. B. (1937) 100 et seq.

правовую систему, то тогда остается только один возможный, но неубедительный аргумент в пользу приведенного выше правила, а именно, что никому не разрешается извлекать какие-либо права из акта, который является незаконным в месте его совершения. Но существует ли такое правило? Требует ли «международная вежливость», чтобы акт, нарушающий право той страны, в которой он был совершен, всюду рассматривался как неспособный создать какие-либо права в пользу нарушителя закона? Такое положение было бы, как подчеркивает д-р Манн,[1] абсурдным в тех случаях, когда не существует никакой связи между сделкой и местом ее совершения, например, когда двое англичан, путешествующих из Голландии в Швейцарию, заключают в вагоне-ресторане недалеко от Кельна договор, которым они нарушают какую-либо запретительную норму германского права. Это правило не поддерживается никакими источниками, а только некоторыми попутными высказываниями по делу Missouri Steamship Co.[2] и The Torni[3]. Оно молчаливо отвергнуто решением по делу Spurrier v. La Cloche[4].

2) Вторая норма гласит: договор, хотя и законный согласно свойственному ему праву, недействителен, поскольку его исполнение незаконно с точки зрения права той стороны, в которой исполнение должно иметь место[5]. Эта норма, повидимому, стремится охватить все виды незаконности: незаконность, существовавшую в момент заключения договора, равно как и незаконность, возникающую впоследствии[6]; незаконность, известную обеим договаривающимся сторонам, или одной, или ни одной из них; постоянную или только временную незаконность. Эти различные случаи незаконности порождают, однако, очень различные последствия—в зависимости от различных систем внутреннего материального права. Договор может быть недействительным или может впоследствии стать недействительным; его недействительность может быть непоправимой или же она может быть устранена посредством какого-нибудь акта (утверждения); или же имевшее место нарушение закона,

---

[1] Loc. cit., p. 104.

[2] (1889) 42 Ch. D. 321, 336 (*Lord Halsbury*).

[3] (1932) P. 27, 78, 88 (*Greer, L. J.*).

[4] (1902) A. C. (P. C.) 446, 451.

[5] *Dicey*, 657. Adelaide Electric Supply Co. v. Prudential Assurance Co. (1934) A. C. 122, 151. Ralli Bros. v. Compañia Naviera Sota y Aznar (1920) 2 K. B. (C. A.) 287. De Beéche v. South American Stores (1935) A.C. 148. International Trustee v. The King (1936) 3 A. E. R. (C. A.) 407, 429; другие решения в статье д-ра Манна 107—113.

[6] Пример: голландский договор, содержавший золотую оговорку, был заключен в 1932 г., и местом исполнения был назначен Нью-Йорк. В 1933 г. американский закон отменил все золотые оговорки.

хотя и являющееся судебно-наказуемым проступком, может не воздействовать на действительность договора между сторонами[1]. Далее, если только одна из сторон действовала с нарушением права иностранного государства, другая сторона может с точки зрения этого права рассматриваться как сторона, заключившая действительный договор, и так далее. Норма, которую мы здесь обсуждаем, не воздействует ни на одно из указанных последствий. Если эта норма утверждает, что договор, незаконный с точки зрения права места его исполнения, «недействителен», то это, несомненно, чрезмерное упрощение вопроса. Право, объявляющее какой-либо договор незаконным, является единственным правом, которое способно определить влияние этой незаконности на действительность договора. Не свойственное договору право, а право места исполнения определяет последствия, порождаемые для договора нарушением запретительной нормы, действующей в этом месте. Но коль скоро эти последствия уже установлены,—например, если в силу *lex loci solutionis* нарушение повлекло за собой непоправимую недействительность договора,—тогда вмешивается свойственное договору право и разрешает все вопросы, возникающие из этого факта недействительности договора. Допустим, например, что одна из сторон знала о том, что сделка незаконна, в то время как другая сторона этого не знала; имеет ли в таком случае невиновная сторона право на возмещение убытков? Или, быть может, допускается либеральное толкование договора в том смысле, что обусловленное договаривающимися сторонами место исполнения договора можно не принимать во внимание и что кредитор может требовать исполнения обязательства в какой-либо стране, где такое исполнение не запрещено?[2].

III. Способность к заключению договора зависит не от свойственного договору права, а от личного закона. Об этом см. выше, § 264.

---

[1] Пример. Согласно германскому закону о валютных ограничениях от 12 декабря 1938 г., ст. 10, § 1, приобретение и передача иностранной валюты или иностранных денежных обязательств запрещается, и за нарушение этого правила налагаются суровые наказания; но договоры по таким сделкам, хотя и противозаконные, считаются действительными (ст. 64 закона). В некоторых других случаях закон предусматривает, что договор недействителен, но что на такую недействительность договора нельзя ссылаться в ущерб интересам добросовестной стороны в договоре; ст. 64, § 3.

[2] Допустима ли такая перемена места исполнения обязательства,—это зависит, например, по германскому праву, от того, чего требует «добросовестность» (Treu und Glauben); § 242 германского гражданского кодекса. Германский верховный суд однажды разрешил такую перемену, хотя по очень специфическому делу; Jur. W., 1924, p. 1357. Английское право не разрешает суду «изменять условия договора ни в коем случае».

426. *Locus regit actum*. Общие замечания

IV. Какое право регулирует форму договора? Несомненно, что договор формально действителен, если были соблюдены формальности, предписываемые законом места совершения договора. Но остается спорным, должны ли соблюдаться эти формальности или же достаточно, чтобы были выполнены формальности, установленные свойственным договору правом. Этот спор приблизительно такого же давнего происхождения, как и формула *locus regit actum*[1]. Выраженный в этой формуле принцип некоторыми из статутариев рассматривался как императивный (когда он применялся в отношении формы акта), и некоторые современные правовые кодексы восприняли этот взгляд. В частности, гражданские кодексы Испании, Португалии, Аргентины и Перу[2] и проект французского гражданского кодекса содержат норму, устанавливающую обязательность права места совершения акта[3]. Но эта норма не была включена в окончательный текст французского кодекса, и преобладающая практика французских судов разрешает сторонам выбирать между правом места совершения акта и правом, регулирующим содержание договора. Таков был взгляд, которого придерживались и продолжают придерживаться германское, швейцарское, австрийское, венгерское и шведское право[4]. Несомненно, что право выбора между свойственным договору правом и правом места заключения договора предпочтительнее, чем принудительное применение второй из этих правовых систем. Почему двое англичан, путешествующих по континенту, должны быть лишены возможности заключить договор (регулируемый английским правом) по английской форме? Почему они должны быть вынуждены выяснять право той страны, в которой они случайно пребывают? Что касается договора в целом, то его заключение, его толкование и все его последствия регулируются свойственным договору правом; есть ли при этих условиях какой-либо смысл в том, чтобы сделать исключение для формальностей, сопровождающих заключение договора? Было бы гораздо разумнее формулировать этот вопрос иначе: должны ли стороны совершать свой договор по форме, предписываемой свойственным договору правом, или же им разрешается соблюдать исключительно форму, предписанную в той

---

[1] Neumeyer, Gemeinrechtliche Entwicklung des J. P. R., II, 84, 135; *Gutzwiller*, p. 1585.

[2] Об этом см. *Rheinstein*, RVgl. HWB., IV. 360.

[3] «La forme des actes est réglée par les lois du lieu où ils sont faits»; (форма актов регулируется законом того места, где они совершаются). См. *Gutzwiller*, 1586.

[4] *Rheinstein*, loc. cit., 361.

стране, в которой они заключают свой договор[1]. Ибо в оправдании нуждается самая постановка этой альтернативы, а не применение свойственного договору права. В тех случаях, когда достаточно соблюсти формальности места совершения договора, то смысл такого требования заключается в том, что стороны не всегда могут в чужой стране подчиниться нормам свойственного договору права. Таким образом, цель принципа *locus regit actum* заключается в облегчении заключения договора.

Диспозитивный характер нормы *lex loci actus* имеет или может иметь существенное значение при всякого рода иных сделках, а не при договорах в строгом смысле этого понятия; например, при завещаниях[2] и соглашениях, касающихся наследования[3] и усыновления. Как могут, например, двое домицилированных немцев, *А.* и *Б.*, временно пребывая в Англии, заключить соглашение, по которому *А.* безотзывно назначает *Б.* своим «наследником», если им не будет разрешено заключить это соглашение по форме, предписываемой германским правом? (Не может быть никакой английской нормы о формальностях, требуемых при заключении такого соглашения, так как институт «договора о наследовании» (Erbvertrag) английскому праву неизвестен).

427. *Английская точка зрения*

Хотя все эти соображения свидетельствуют о том, что было бы крайне желательно придать этой норме диспозитивный характер, но все же сомнительно, чтобы английское право это допускало. Вплоть до середины XIX века суды все снова и снова подчеркивали императивный характер этой нормы. «Не остается места для разумного сомнения», сказал английский судья еще в 1851 г.[4] В частности, браки, заключенные по форме, предписываемой правом домицилия сторон, а не по местной форме, всегда признавались недействительными[5]. Недействительными признавались также договоры, ввиду отсутствия на них марок, установленных по местному праву[6]. Но ссылка на браки не может, однако, служить веским доказательством, так как брак—это не договор; он создает статус, а не обязательство, и даже в тех странах, в которых диспозитивный характер нормы *locus regit actum* признается, она в отношении браков

---

[1] В таком виде эта проблема сформулирована, например, в германском праве; см. ст. 11 Вводного закона.

[2] См. ниже, § 559.

[3] См. ниже, § 577.

[4] *Bruce* V. C. в деле Guépratte v. Joung, 4, De G. and Sm. 217, 228. Этот взгляд принят Дайси, Футом и Вейстлейком.

[5] Например, Kent v. Burgess (1840) II Sim. 361.

[6] Alves v. Hodgson (1797) 7 T. R. 241. Clegg v. Levy (1812) 3 Camp. 166. Bristow v. Sequeville (1850) 5 Ex. 275.

считается принудительной[1]. Гораздо труднее объяснить вторую группу случаев—когда речь идет об отсутствии на договоре марки. Если отсутствие такой чисто технической формальности, как марка (требуемая иностранной нормой *lex loci actus*), уничтожает действительность английского договора, то другие формальности, естественно относящиеся к договору, будут иметь еще больший вес, и их несоблюдение может еще более бесспорно повлечь за собой ничтожность договора. Но против такого аргумента *a fortiori* можно возражать. Марка на договорном документе является формальностью, цель которой заключается не в том, чтобы этот документ наделить бо́льшей силой в смысле доказательности или чтобы заставить стороны сознавать серьезный характер принятых ими на себя обязательств, а в том, чтобы обеспечить доход тому государству, на территории которого документ подписан и вручен. Если английский закон, с одной стороны, прямо отказывает в принудительном исполнении иностранных законов о сборах[2] и, с другой стороны, признает ничтожность, с точки зрения иностранного права, договора, заключенного за границей и не снабженного должным образом марками,—то такое признание можно рассматривать только как акт вежливости в отношении иностранного государства, но из этого специфического случая трудно извлечь какой-либо вывод в отношении общей проблемы об императивном или каком-либо ином характере нормы *lex loci actus* применительно к договорным формальностям.

Таким образом, нет никакого неоспоримого источника, говорящего в пользу императивного характера принципа *locus regit actum*. Авторы, придерживающиеся другого взгляда, сами признают, что существует ряд исключений из принципа принудительности этой нормы. Дайси и редактор его произведения[3] указали на два таких исключения.

428. Доктрина Дайси

1) Формальная действительность договора, касающегося недвижимого имущества, зависит от свойственного этому договору права, и существует, как мы уже видели[4], опровергаемая презумпция, что таким свойственным договору правом является право местонахождения имущества. Редактор работы Дайси, повидимому, даже утверждает, что договоры о недвижимом имуществе д о л ж н ы быть совершены по форме, предписываемой свойственным договору правом, и что не существует никакой альтернативы, допускающей применение права места

[1] См. выше, § 322.
[2] См. выше, § 164.
[3] Pp. 644—646.
[4] См. выше, § 415.

совершения договора. Этот взгляд не подтверждается прецедентами[1]. Если бы они его подтверждали, то это представляло бы собой преувеличение в пользу права, свойственного договору, в такой же мере, в какой по другим договорам преувеличением является поддержка взглядов, высказывающихся в пользу нормы *lex loci actus*. Насколько был бы неудовлетворителен вывод, становится особенно очевидным, когда *lex situs* и *lex loci actus* совпадают, но свойственное договору право от них отличается. Если французский собственник английского участка земли продает этот участок в Англии французу и обе стороны соглашаются на том, что их договор будет регулироваться французским правом, то было бы нелепо принуждать их к соблюдению форм, предписываемых французским правом; для них должно быть достаточным выполнение норм английского права.

2) Второе исключение, устанавливаемое Дайси[2], касается таких договоров, которые «имеют намерение полностью действовать» в стране свойственного договору права. В такого рода случаях стороны имеют выбор между формальностями, предписанными правом места совершения договора, и свойственным договору правом[3]. Пример: договор, заключенный во Франции между домицилированным англичанином и домицилированным французом и подлежащий полностью исполнению в Англии, действителен, если он совершен либо по французской, либо по английской форме. Остается вопрос: имеется ли какое-либо разумное основание для того, чтобы ограничить применение свойственного договору права только теми случаями, когда стороны намерены выполнить договор «в целом» в стране этого свойственного договору права, т. е. теми случаями, когда свойственное договору право совпадает с правом места исполнения обязательства? Имеется ли также основание для того, чтобы исключить применение свойственного договору права, когда одно из обязательств, созданных договором, подлежит исполнению в третьей стране? Такое различие едва ли может вытекать из какого-либо разумного основания, и мы полагаем, что то, что Дайси рассматривает как исключение из неудовлетворительной нормы, в действительности представляет собой применение целесообразной общей нормы, устанавливающей, что форма любого договора регулируется либо правом места

---

[1] Мы полагаем, что ни решение по делу Adams v. Clutterbuck (1883) 10 Q. B. D. 403, ни решение по делу Bank of Africa v.Cohen (1909) 2 Ch. (C. A.) 129, не оправдывают этой нормы.

[2] Pp. 645, 646. Дайси здесь принимает предложение, сделанное Нельсоном, 257, 258.

[3] Van Grutten v. Digby (1862) 31 *Beav.* 561, 568. In re Bankes (1902) 2 Ch. 333, 342.

заключения договора, либо свойственным договору правом. Повидимому, не придается никакого значения тому обстоятельству, что в тех случаях, когда эта норма получала подтверждение в прецедентах, свойственное договору право оказывалось идентичным с правом места исполнения обязательств[1].

429. Форма и *renvoi*

Следует иметь в виду, что если бы доктрина о принудительном характере нормы *lex loci actus* даже и была правильна, то это означало бы, что применению подлежит все право, действующее в месте совершения договора, включая и его коллизионные нормы. Таким образом, если эти коллизионные нормы,—как это предусматривает большинство континентальных норм, отсылают к свойственному договору праву, то форма, предписываемая этим «свойственным договору» правом, применяется в порядке обратной отсылки (renvoi)[2].

430. Какое место считается locus actus?

В тех случаях, когда должно применяться право места совершения акта, возникает вопрос о том, что́ нужно считать местом совершения договора. Для разрешения этого вопроса, в первую очередь, отсылают к подлежащей применению коллизионной норме, и так как коллизионные нормы по этому поводу хранят молчание, ответ нужно выводить из внутреннего материального гражданского права, т. е. договор считается заключенным в том месте, где совершается последнее действие, необходимое для создания обязывающего (стороны) соглашения[3]. Таким образом, например, обязательство, созданное документом за печатью, составленным по английскому праву, начинает свое существование после подписания этого документа, приложения к нему печати и его вручения; следовательно, место вручения документа является местом его совершения (т. е. *locus actus*)[4]. Договор, заключенный посредством переписки, по английскому праву считается полностью совершенным тогда и в том месте, когда и где лицо, получившее офферту, отправило свой акцепт[5].

431. Форма и процесс

V. Обсуждая (выше) вопрос о форме или формальностях договора, мы имели в виду только такие постановления, касаю-

---

[1] Диспозитивный характер нормы *lex loci actus* защищался, в частности, *Cheshire*, p. 247.
[2] См. выше, §§ 179, 180.
[3] *Goodrich*, 218.
[4] См. Chapman v. Cottrell (1865) 34 L. J. (Ex.) 186.
[5] Benaim v. Debono (1924) A. C. (. C.) 514, 520. См. выше, § 132.

щиеся формы, которые должны быть соблюдены для создания действительного договора. Имеются еще и другие нормы, касающиеся «формальностей», но относящиеся только к гражданскому процессу; так, например, ст. 4 Закона об обманных действиях (Statute of Frauds) устанавливает, что если определенные формы не соблюдены, то хотя договор и считается действительным, но иск из такого договора может быть предъявлен лишь после того, как упущение устранено. Нормы этого рода, касающиеся формы, как и все процессуальные нормы, применяются судами той страны, в которой они установлены, независимо как от *locus actus*, так и от свойственного договору права; и, наоборот, иностранные нормы, касающиеся необходимости «письменных доказательств», не применяются английскими судами[1].

БИБЛИОГРАФИЯ

Beale, 23 Harv. L. R., 1910, I, 79, 194, 260. *K. Neumann*, Vertragsgültigkeit und Parteiwille, 1930. Ср. выше библиографию, стр. 457.

О форме договоров: *E. G. Lorenzen*, 20 Yale L. J. (1911) 427. *E. Silz*, Du Domaine de l'application de la règle locus regit actum, 1933. *Arminjon*, Rev. Darras, 1925, 489; 1926, 161. *Audinet*, Repért. X. 388. *Dicey*, Locus regit actum, 26 L. Q. R. (1910) 277.

Действие (последствия) договора

432. Толкование

I. Толкование договора регулируется свойственным данному договору правом. Это не означает,—как предлагалось[2],—что технические правовые термины, включенные в текст договора, необходимо должны быть истолкованы так, как они толкуются в свойственном договору праве. Если, например, стороны прямо выразили свое согласие о том, что «свойственным» правом договора, совершенного в Америке при участии американских юристов, должно быть английское право, то тем не менее может оказаться более подходящей трактовка примененных в таком договоре юридических терминов в таком смысле, в каком их понимает американское право, а не английское. Из свойственного договору права должны быть позаимствованы нормы о толковании договоров—нормы, отличающиеся друг от друга в правовых системах различных стран[3]. Например, ограничительная английская норма о тол-

[1] Leroux v. Brown (1852) 12 C. B. 801. См. выше, § 218.
[2] См. *Dicey*, p. 665.
[3] In re Société Intercommunale Belge (1933) Ch. 684, 690. St. Pierre v. South American Stores (1937) 3 A. E. R. 351, 355.

ковании, согласно которой слова должны пониматься по их простому и буквальному значению, если только «из контекста документа нельзя вывести определенного значения, которое дает определенным выражениям более широкое толкование, чем это вытекает из их буквального значения»[1], — не должна применяться при толковании договора, регулируемого французским, германским или швейцарским правом.

433. *Действие и последствия договоров* (*effets* и *suites* *французского права*)

II. Свойственное договору право регулирует все его последствия, независимо от того, были ли они предусмотрены сторонами и входили в их намерения или же они возникли в силу действия закона. Во Франции старое различие между двумя видами юридических последствий, из коих первые называются *effets* (действие), а вторые — suites du contrat (последствия договора), находит поддержку у многих известных ученых[2], которые считают, например, что обязанность продавца доставить проданные покупателю товары подчиняется праву, избранному сторонами, между тем как обязанность возместить убытки в случае нарушения договора должна регулироваться правом места исполнения обязательств. В английском праве не существует такого различия: оба последствия регулируются свойственным договору правом.

434. *Изменение обязательства*

1) Свойственное договору право, следовательно, регулирует все изменения, которым подвергаются договорные обязательства вследствие просрочки, допущенной должником, или вследствие обстоятельств, которые делают исполнение невозможным, или вследствие отказа кредитора принять предложенные ему товары. Свойственное договору право решает, может ли кредитор в случае нарушения договора требовать уплаты процентов и по какой ставке, имеет ли он право на возмещение понесенного им нематериального ущерба, каково влияние неосторожности со стороны кредитора (вины потерпевшего), вызвавшей несчастный случай[3], и так далее. Может случиться, что обстоятельство, причиняющее ущерб, представляет собой не только нарушение договора, но также и деликт (правонаруше-

---

[1] *Anson*, Contracts, 310; Mallan v. May (1843) 13 M. and W. 517. Ср. норму лорда Уэнслидэйл в деле Grey v. Pearson (1857) 6 H. L. Cas. 61, 106.

[2] *Foelix*, Traité, I. 231, *Valéry*, Manuel, 987, 988. Против этой доктрины: *Weiss*, Traité, IV, 392 и др.

[3] Континентальные правовые системы применяют концепцию «вины потерпевшего» также и в отношении убытков от неисполнения договора, а не только в тех случаях, когда ущерб был причинен правонарушением.

ние); в таком случае свойственное договору право может отличаться от правовой системы, регулирующей последствия деликта[1]. Таким образом, если продавец индивидуально определенных товаров предумышленно уничтожает их в Англии и договор продажи регулируется французским правом, то английский суд применит (мы полагаем) французский закон о продаже и английский закон о правонарушениях.

435. *Воздействие договора на право собственности*

2) Только те обязательства, которые возложены на стороны, регулируются свойственным договору правом. Порождает ли договор переход права собственности или другие *iura in rem*—этот вопрос разрешается по закону местонахождения имущества[2].

Исходя из того, что право справедливости требует добросовестного поведения, надо заключить, что обязательства из договора по праву справедливости («equity») суть обязательства особого рода, т. е. обязательства, действующие не только в отношении другой стороны в договоре, но также и в отношении третьего лица, которое осведомлено о конфликте между двумя правами, вытекающими из права справедливости[3]. Создает ли договор такое «справедливое» право—на это отвечает свойственное договору право, а, повидимому, не право местонахождения имущества. Пример: договор, направленный на установление по общему праву залога на участок, находящийся за границей, если этот договор подчинен английскому праву, создает залог по праву справедливости, как его понимает английское право, и все английские нормы права справедливости, например, нормы, направленные против права залогодателя выкупить заложенный участок, подлежат применению[4].

436. *Разделение договора*

3) Большие трудности возникают в тех случаях, когда договор разделяется таким образом, что обязательства одной стороны (например, продавца) регулируются одной правовой системой, а обязательства другой стороны (покупателя)—другой системой. Такое разделение является нормальным

---

[1] Т. е. *lex fori*, см. дальше, § 476.

[2] Об этом см. ниже, § 488 и след.

[3] Спрашивается: не сходно ли по своей структуре право, вытекающее из equity (например, cestui que trust), с ius ad rem средневекового канонического и феодального права и с прусским Allgemeines Landrecht I, 10 § 25; I. 19, § 5?

[4] British South Africa Co. v. De Beers Consolidated Mines (1910) 2 Ch. (C. A.) 502, 513 (отменено по апелляции по другому поводу: (1912) A. C. 52) Ex parte Pollard (1840) Mont and Ch., 239, 250. In re Smith (1916) 2 Ch. 206. О доверительной собственности (trusts) см. ниже, § 506.

правилом по германскому и швейцарскому праву, когда речь идет о договорах продажи или о взаимных договорах, по которым должник подчиняется праву того места, где он должен исполнить свои обязательства, если только стороны не избрали какого-либо единого права, которое должно регулировать весь договор в целом. Но такое же положение может возникнуть и в английском праве, хотя здесь по договору продажи обязанности обеих сторон обычно должны быть исполнены в одном и том же месте, именно, в месте нахождения предприятия продавца. Такое разделение договора в отношении обязанностей продавца и обязанностей покупателя приводит к странным и неразумным результатам[1]. Вопрос о том, может ли покупатель в случае нарушения какого-либо существенного или простого условия требовать возмещения убытков или поставки товаров, свободных от каких бы то ни было недостатков,— разрешается правом, регулирующим обязанности продавца. Право, регулирующее обязанности покупателя, отвечает на вопрос о том, может ли он отказаться от договора или снизить цену на недоброкачественные товары, или о том, переходит ли на него риск в момент заключения договора или же только после передачи ему товара и т. д. В случае, если продавцу не уплачена причитающаяся ему сумма, его право задержать товар в пути или его право на удержание товара регулируется законом покупателя, поскольку все эти меры действуют против него; но вопрос о том, могут ли эти права, если они уже существуют согласно закону покупателя, осуществляться в отношении третьих покупателей—решается (вероятно) в зависимости от местонахождения товара в момент его приобретения третьим покупателем[2].

Случай, когда договор может быть разделен на две части, соответствующие каждая обязанностям одной или другой стороны, необходимо отличать от более часто встречающегося случая, когда договор в целом подчиняется какому-либо одному праву, т. е. «свойственному данному договору праву», но при этом некоторые отдельные вопросы должны определяться другой правовой системой, которая, таким образом, по удачному выражению английских судей, как бы «инкорпорируется» в договор. Приведем два примера такого рода.

а) Может случиться, что договор в целом регулируется одной правовой системой, а его «толкование», или «интерпретация», должно производиться в соответствии с другой правовой системой. Так обстоял вопрос в деле The Torni[3], по

[1] См. об этом (подробно), с одной стороны, у *Neuner*, Rabel's Z., 2, 108, 7, 850, с другой стороны,—у *Haudek*, loc. cit. (выше, стр. 457) 72 et seq.

[2] Cp. Inglis v. Usherwood (1801) I East 515, 524 и ниже, § 492.

[3] (1932) P. 78, 84.

которому апелляционный суд признал, что договор зафрахтования должен регулироваться палестинским правом как свойственным договору, несмотря на прямо выраженное в договоре условие о том, что толкование договора должно определяться английским правом. Правда, эта часть решения по делу The Torni подверглась жестокой критике со стороны Тайного совета в решении по делу Vita Foods Products v. Unus[1]; но эта критика касается только презюмируемого значения договорного условия о том, что толкование договора должно определяться правом страны X[2], оно не оспаривает права договаривающихся сторон проводить прямо выраженное различие между договором в целом и его толкованием.

437. *Способ исполнения договора*

б) В английском праве существует презумпция относительно того, что, каково бы ни было право, свойственное договору в целом, «способ или метод его исполнения» и его «побочные обстоятельства» тем не менее регулируются правом места исполнения договора, а не свойственным договору правом[3]. Это положение часто получало выражение в противопоставлении «обязательства» и «исполнения», причем первое регулировалось свойственным договору правом, а последнее—правом места исполнения обязательства. Равным образом, континентальные суды часто противопоставляли самый договор и акт исполнения, Zahlungsgeschäft[4], и так же, как в Англии, подчиняли акт исполнения, по крайней мере, в части, выражающейся в уплате денежной суммы, праву той страны, в которой такой платеж должен быть произведен. Следует отметить, что английское противопоставление обязательства и исполнения не разработано и не отличается большой точностью. Если какое-либо лицо обязывается уплатить тысячу фунтов стерлингов в Сиднее (Австралия) 1 июля, то вопрос о том, существует ли это обязательство и должно ли оно быть исполнено, зависит от свойственного обязательству права, например, английского права; но вопросы о том, обязан ли должник произвести платеж в английских фунтах или только в австралийских[5], и точно ли

---

[1] (1939) A. C. 277.

[2] Если не принимать во внимание того обстоятельства, что точка зрения апелляционного суда, выраженная в решении по делу The Torni, все еще является правом.

[3] Lloyd v. Guibert (1865) L. R. I. Q. B. 115, 126. Jacobs v. Crédit Lyonnais (1884) 12 Q. B. D. 589, 604. Auckland City Council v. Alliance Assurance Co. (1937) A. C. (P. C.) 587, 606 и др.

[4] Германский верховный суд, Offic. Coll., 118, 374; 126; 205, и *Haudeck*, loc. cit., 69. Относительно французского права: *Niboyet*, Manuél, p. 814, и Rev. Darras, 1925, 161 et seq.

[5] Adelaide Electric Supply Co. v. Prudential Assurance Co. (1934) A. C. 122.

1 июля или же ему предоставляется несколько льготных дней, должны разрешаться по праву места платежа, т. е. по австралийскому праву. Правильно было бы противопоставлять не обязательство и исполнение, а главное (основное) обязательство и вспомогательные (побочные) обязательства (и права), т. е. обязательства, касающиеся деталей исполнения.

Прекращение обязательств

438. Различные способы прекращения обязательств

Свойственное договору право отвечает на вопрос о том, существует ли еще договорное обязательство или же оно уже погашено (прекратилось)[1]. Это же право регулирует различные способы прекращения обязательств, в частности:

1) Путем исполнения, —этот случай подчиняется презумпции о том, что обязательства, касающиеся способа исполнения, регулируются правом места исполнения (см. § 437). Когда исполнение требует передачи права собственности на какую-либо вещь, вопрос о том, перешло ли такое право собственности к кредитору, разрешается не свойственным договору правом или правом места исполнения обязательства, а правом местонахождения отчуждаемой вещи[2].

2) Посредством замены обусловленного по обязательству исполнения: должник вместо уплаты причитающейся суммы дает кредитору, по соглашению с ним, автомобиль. Вопрос о том, действительно ли это новое соглашение и каковы его последствия «между сторонами» (*inter partes*), например, в случае если автомобиль окажется недоброкачественным, определяется правом, свойственным новому соглашению, которое может отличаться от права, свойственного старому договору. Но вопрос о том, погашает ли такое исполнение первоначальное обязательство и, следовательно, освобождает ли поручителей от ответственности и прекращает ли действие закладных,— разрешается в соответствии с правом, свойственным первоначальному договору. Это обстоятельство приобретает существенное значение, когда вещь, предоставленная как замена исполнения, имеет какие-либо дефекты или оказывается украденной у действительного собственника, ибо, согласно некоторым правовым системам, кредитор может еще прибегнуть к своему старому праву требования даже против поручителей, между тем как другие системы объявляют замену исполнения и, следовательно, погашение денежного долга окончательным[3].

---

[1] Rolli v. Dennistown (1851) 6 Ex. 483, 493. Taylor v. Hollard (1902) I K. B. 676, 682. Swiss Bank Corp. v. Boehmische Industriebank (1923) I K. B. 673. Perry v. Equitable Life Assurance Soc. (1929) 45 T. L. R. 468.

[2] См. ниже, § 491 и след.

[3] См. RVglHWB. III. 158.

3) Посредством сдачи в депозит публичным властям, например, в депозит суда[1]. Свойственное договору право решает, считается ли долг уплаченным и при каких обстоятельствах. «Способ» сдачи в депозит и место, где депозит может быть сделан, определяются правом той страны, в которой этот депозит производится.

4) Свойственное договору право, кроме того, регулирует вопрос о прекращении обязательства путем отказа кредитора от своих прав. Оно, в частности, решает вопрос о том, является ли одностороннее заявление со стороны кредитора достаточным[2] или же отказ требует соглашения между кредитором и должником. Это право также решает, действителен ли отказ только в том случае, если он сделан за «ценное встречное удовлетворение» или посредством письменного документа.

5) Новация обязательства, играющая незначительную роль в современной практике, должна трактоваться в таком же порядке, как замена одного исполнения другим.

439. *Зачет (set-off)*

6) Погашение денежных долгов путем з а ч е т а по английскому праву рассматривается как «действие суда» и, следовательно, как процессуальный акт[3]. В этом отношении английское право отличается от большинства других правовых систем; согласно этим системам, погашение денежного долга зачетом осуществляется либо частным односторонним заявлением одной из сторон, адресованным другой стороне, или же в силу действия закона—вследствие того простого факта, что должник является кредитором своего кредитора. Первый из этих методов действует в Германии[4], второй—во Франции[5] и во многих правовых системах, берущих свое начало от французского права. Таким образом, английские суды применяют *lex fori*[6], а континентальные суды—право, свойственное договорам, по которым обязательства возникают[7]. Такое различие в квалификации не

---

[1] De Beéche v. South American Stores (1935) A. C. 148.

[2] Согласно заявлению *Haudek*, RVgl. HWB. III, 160, таково положение в Венгрии и в Японии.

[3] Выше, § 220.

[4] § 388 германского гражданского кодекса. См. также Швейцарское обязательственное право, ст. 124.

[5] Гражданский кодекс, ст. 1290; эта норма (*ipso iure compensatur*), однако, действует только в том случае, когда одна из сторон ссылается на нее; когда кредитор предъявляет иск в суде, должник должен сделать возражение о зачете (opposer la compensation); см. ст. 1299 и *Planiol* et *Ripert*, Traité prat., VII, p. 623, note I. Таков же взгляд австрийских судов на ст. 1438 австрийского гражданского кодекса.

[6] Meyer v. Dresser (1864) 16 C. B. (N. S.) 646, 664.

[7] Если два обязательства имеют различное свойственное им право, то некоторые ученые (например, Цительман II, 397) допускают зачет в том

исключает, однако, применения английским судом иностранных норм материального права, относящихся к зачету, или, наоборот, применения английских норм в иностранном суде. Правда, если *А.* имеет к *Б.* требование, основанное на умышленном причинении вреда, осуществленном *Б.*; если *Б.* имеет к *А.* требование, основанное на договоре, если этот договор регулируется германским правом и если *А.* предъявил иск к *Б.* в английском суде,—то суд может разрешить зачет, хотя германский закон прямо устанавливает, что «против требования, возникшего из какого-либо незаконного действия, совершенного преднамеренно, не допускается никакого зачета»[1]. Но английский суд не признает, что если по иностранному праву, свойственному договорам, из которых возникли взаимные денежные долги, эти долги были погашены способом, предписанным указанным правом, то такое погашение должно рассматриваться как не существующее.

Возьмем, например, следующий случай: по двум германским договорам *А.* и *Б.*, каждый в отдельности, проживая в Германии, имели друг к другу требование. В соответствии с германским законом, *Б.* посредством простого внесудебного заявления, адресованного *А.*, выразил свое намерение зачесть свое требование в погашение своего денежного долга: этим заявлением оба требования были полностью погашены (при условии, если они оба были действительны в момент, когда было сделано заявление о зачете). Впоследствии, однако, *А.* предъявил иск в английском суде к англичанину *Е.*, который поручился за денежный долг *Б.* посредством договора, также регулируемого германским правом. Так как германское право разрешает поручителю пользоваться теми же возражениями, которые вправе представить основной должник, *Е.* необходимо было разрешить ссылаться, в качестве возражения против иска, на погашение основного долга путем внесудебного одностороннего заявления *Б.*[2] Не имеет значения, сделал ли *Б.* это заявление в Германии или в Англии.

440. Прекращение долга несостоятельного должника

7) В принципе, свойственное договору право, регулирующее какой-либо денежный долг, отвечает на вопрос о том, является ли п р е к р а щ е н и е о б я з а т е л ь с т в а, признанное иностранным законом о несостоятельности, действительным

случае, если его допускают обе свойственные договорам правовые системы. Убедительные доводы против этого взгляда см. *Lewald*, p. 283.

[1] § 393 германского гражданского кодекса.

[2] См. Allen v. Kemble (1848) 6 Moore, P. C., 314, 321 (погашение обязательства путем compensatio, согласно римско-голландскому праву). Выше, § 220.

прекращением обязательства и в Англии[1]. Если должник, обязательство которого регулируется правом страны *X*, стал несостоятельным должником в той же стране *X* и там прекратились его обязательства, он больше не является должником. Право другой страны, «к которой договор не имеет отношения»[2], не может прекратить его обязательства. Существует, однако, исключение из этого принципа в пользу прекращения обязательств несостоятельного должника по английскому, шотландскому или ирландскому закону о несостоятельности; такое прекращение обязательств действительно в любой части Британской империи, даже если свойственным договору правом является французское или германское[3].

Исковая давность не является способом погашения денежного долга. См. об этом выше, § 219.

Замена одного должника другим. Множественность должников

441. *Замена новым должником*

I. Замена одного должника другим[4] трактуется либо как новация, т. е. прекращение существующего обязательства созданием нового обязательства, либо как подлинное правопреемство по обязательству, остающемуся в силе. Первый из этих методов, разработанный на основе римского права, можно найти в английском и французском внутреннем материальном праве; второй метод действует в германском праве и был воспринят правовыми системами Австрии, Швейцарии и Польши.

В обоих случаях свойственное обязательству право разрешает вопрос о том, освобождается ли старый должник от своего

---

[1] Potter v. Brown (1804) 5 East 124. Gardiner v. Houghton (1862) 2 B. and S. 743. Ellis v. McHenry (1871) L. R. 6, C. P. 228, 234. Gibbs v. Société Industrielle (1890) 25 Q. B. D. (C. A.) 399. Bartley v. Hodges (1861) 1 B and S. 375.

[2] Лорд Эшер, употребляя в решении по делу Gibbs v. Société Industrielle, loc. cit., p. 406, это выражение, ясно указывает на свойственное договору право. Более старые решения говорят о праве той страны, в которой денежный долг был заключен или «возник» (например, по делу Ellis v. McHenry, loc. cit.) или в которой долг должен быть уплачен. Но необходимо помнить, что *lex loci contractus* или *lex loci solutionis* презюмируется как свойственное договору право и что раньше суды даже были более склонны, чем сейчас, предполагать, что *lex loci contractus* является свойственным договору правом.

[3] См. *Dicey*, 508; *Westlake*. § 241, 242.

[4] Замена одного кредитора другим, переуступка обязательств, рассматривается английским правом как передача нематериального имущества. Таким образом, вопрос о том, какое право регулирует эту переуступку, будет рассмотрен в разделе об имущественном праве (ниже, § 511).

обязательства, когда в него вступает новый должник. Но вопрос о том, имело ли место вступление нового должника, должен разрешаться в соответствии с правом, с которым это вступление наиболее тесным образом связано; этим правом может быть личный закон нового должника или право местонахождения его предприятия, если только он и кредитор не пришли к соглашению относительно какой-либо определенной правовой системы.

Некоторые правовые системы предусматривают, что в случае перехода торгового предприятия от *А.* к *Б.* — *Б.* в силу закона несет ответственность по обязательствам, возникшим в период существования предприятия. Вопрос о том, несет ли *Б.* такую ответственность, разрешается правом местонахождения центра предприятия.

442. Множественность должников

II. Когда по одному обязательству имеется несколько должников, то может создаться такое положение, при котором обязательство одного из этих должников регулируется одним правом, а прочие должники подчинены другим правовым системам. В таких случаях трудно сказать, какое право решает, являются ли такие совместные должники ответственными друг перед другом в равных долях или же, если один из них уплатил всю сумму долга, он имеет право требования к другим содолжникам об уплате соответствующей доли. Мы полагаем, что такое право на получение покрытия от своих содолжников существует только в том случае, если и поскольку все правовые системы, регулирующие соответствующие обязательства различных должников, предоставляют это право[1]

443. Главный должник и поручитель

Само собой понятно, что акцессорное обеспечение денежного долга[2], в частности поручительство, не должно обязательно подчиняться тому же праву, которое регулирует главное обязательство. Кредитор и поручитель могут подчинить договор поручительства какой-либо иной правовой системе. Если, например, французский купец предоставляет своему французскому должнику кредит против обеспечения в виде поручительства, исходящего от домицилированного и постоянно пребывающего в Англии англичанина, который выдал документ, подписанный и врученный в Лондоне,—то обязательства по поручительству

---

[1] Во всяком случае должен применяться не *lex fori*; см. выше, § 227.

[2] См. также Moulis v. Owen (1907) I. K. B. 746: в качестве обеспечения по французскому обязательству должник выписал чек на английский банк; этот чек должен был регулироваться английским правом.

будут регулироваться английским правом. Но так как поручительство действительно только в том случае, если главное обязательство действительно, то необходимо установить состояние этого главного обязательства, а это должно быть сделано не обращением к праву, регулирующему поручительство, а к праву, свойственному главному (основному) договору[1].

Денежные обязательства

444. *Принцип*

I. Договорное обязательство об уплате определенной денежной суммы,—как и все другие обязательства, вытекающие из договора,—регулируется свойственным договору правом; однако «способ или метод» исполнения и сопровождающие исполнение побочные обстоятельства определяются правом места платежа, если договаривающиеся стороны не согласились относительно применения по этим вопросам какого-либо другого права[2].

445. *Выбор места платежа и выбор валюты*

Место платежа не всегда окончательно фиксируется в момент заключения договора, а часто, в особенности в случае публичных займов, зависит от определенного права выбора, предоставляемого кредитору. Такое право выбора может быть выражено в следующей форме: «100 фунтов стерлингов, подлежащих уплате по выбору кредитора в Лондоне, Нью-Йорке или Амстердаме». Оно также может гласить: «100 фунтов стерлингов, подлежащих уплате в Лондоне или по выбору кредитора; 500 американских долларов, подлежащих уплате в Нью-Йорке или т. д.». Первая формула называется выбором места платежа, вторая—выбором валюты платежа[3]. В обоих случаях вопрос о месте исполнения обязательства и, следовательно, о праве, подлежащем применению в отношении способа уплаты, остается неурегулированным до тех пор, пока кредитор не сделал своего выбора.

---

[1] См. выше, § 196.

[2] См. выше, § 437, и *Mann*, Legal Aspect of Money, p. 155.

[3] Эти права выбора следует отличать от простого «выбора места инкассирования платежа»: «100 фунтов стерлингов, подлежащих уплате в Лондоне и инкассированию в Нью-Йорке или Амстердаме». В этом случае только Лондон является «местом платежа» в техническом значении этого термина; и если кредитор требует и получает платеж в Нью-Йорке, то это не меняет места платежа. Поэтому в отношении способа и метода платежа надлежит применить английское право. Фунты стерлингов, подлежащие уплате в Лондоне и инкассированию в Амстердаме, являются английскими фунтами, и платеж не может быть произведен в голландских гульденах.

446. *Какого рода деньги подлежат уплате*

Свойственное договору право, регулирующее обязательство произвести платеж, решает также, в какой валюте кредитор обязан уплатить свой долг (в английской, французской или канадской и т. д.). В тех случаях, когда наименование валюты в договоре указано неясно, свойственное договору право должно указать, в соответствии с какими нормами о толковании следует объяснить сомнительную формулировку договора. Пример: договор говорит об определенной сумме в долларах, но возникает сомнение относительно того, означает ли это американские доллары, канадские или мексиканские доллары. Если свойственным договору правом является английское право, то презюмируется, что такое неясное обозначение валюты долга указывает на валюту места платежа[1], и такое же правило, повидимому, существует и в других странах[2]. Конечно, эта презумпция не приносит никакой пользы, если валюта, обращающаяся в месте платежа, отличается от всех тех валют, которые стороны имели в виду[3]; если намерение сторон в этом случае не может быть установлено из обстоятельства дела, то договор считается недействительным ввиду его неопределенности.

447. *Валютная субституция*

II. Если обязательство выражено в иностранной валюте, то подлежит ли оно оплате в иностранной валюте? На этот вопрос возможны три ответа: первый—безоговорочно утвердительный: лицо, обязавшееся уплатить в Лондоне 100 канадских долларов, всегда считается исполнившим свое обязательство и только в том случае считается исполнившим его, если оно уплачивает своему кредитору 100 канадских долларов. Второй ответ: должник о б я з а н, если кредитор этого потребует, уплатить эквивалентную сумму в фунтах стерлингов. Третий ответ: должник и м е е т п р а в о освободиться от обязательства уплатой в фунтах стерлингов даже против желания своего кредитора. Правильный ответ зависит от свойственного договору права[4], ибо в данном случае надлежит решить вопрос, касающийся не только способа и метода производства платежа,

---

[1] См. относительно фунтов (английских, австралийских и новозеландских) дела: Adelaide Electric Supply Co. v. Prudential Assur. Co. (1934) A. C. 122, 145, 151 и Auckland City Council v. Alliance Assurance Co. (1937) A. C. (P. C.) 587, 599, 606, *Mann*, p. 165; 169, 170.

[2] См. *Mann*, p. 165, note 2.

[3] Пример: француз обязуется уплатить швейцарской фирме 1000 франков в Лондоне. См. *Mann*, *loc. cit.*, 167, note 3.

[4] *Mann*, 250, 251, где критикуются различные взгляды других авторов.

но относящийся к самому существу обязательства. Следовательно, если договор английский, то английское внутреннее материальное право решает вопрос о субституции[1], независимо от того, будет ли место платежа английское или другое. Если, с другой стороны, договор регулируется иностранным правом, решение содержится во внутреннем иностранном праве (за исключением случаев обратной отсылки) даже в том случае, если платеж должен быть произведен в Англии.

Это положение нуждается, однако, в изменении ввиду наличия английской процессуальной нормы, устанавливающей, что английские суды «не обладают юрисдикцией выдавать приказы об уплате денег в иной валюте, кроме английской»[2]. Вопрос о курсе, по которому иностранная валюта должна быть конвертирована в английскую, еще не разрешен. Господствующая доктрина и некоторые решения применяют курс, существующий на день срока платежа[3]. Курс, существующий на день вынесения судебного решения, был признан решающим в одном старом решении Тайного совета, и этот взгляд обсуждался в нескольких «попутных высказываниях» апелляционного суда; для особо исключительных случаев этот взгляд был принят и Законом о взаимном исполнении судебных решений 1933 г. (Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act)[4]. По делу Marrache v. Ashton[5] Тайный совет принял еще другую дату, именно, дату посылки повестки ответчику. Мы полагаем, что конверсия по курсу, существующему на день вынесения судебного решения, более правильна, чем конверсия на какую-либо более раннюю дату. Такое решение вопроса также еще не является вполне удовлетворительным, так как оно не учитывает возможности изменения курса в период между датой вынесения решения и датой фактического платежа. Кредитор должен получить такую

---

[1] Но английское внутреннее материальное право по этому вопросу не совсем ясно. Всякое денежное обязательство, вероятно, может быть погашено в валюте места платежа, если должник избирает такой способ уплаты; см. замечание лорда Райт по делу Rhokana Corp. v. Inland Revenue Commissioners (1937) I K. B. (C. A.), 797; Andersen v. Equitable Assurance Society (1926) 134 L. T. (C. A.), 557, 562. Но может ли кредитор отказаться получить платеж в валюте, указанной в договоре?. Повидимому, нет ни одного источника, который поддерживал бы такой неудачный вывод. (*Mann*, pp. 343—345, предоставляет кредитору такое право).

[2] Manners v. Pearson (1898) I Ch. 581, 587, Di Ferdinando v. Simon, Smits and Co. (1920) 3 K. B. 409, 415; S. S. Celia v. S. S. Volturno (1921). 2 A. C. 544, 560; Madeleine Vionnet v. Wills (1939), 4 A. E. R. 136; Graumann v. Treitel (1940) 2 A. E. R. 188, 198. Равным образом и право Соединенных Штатов. Ни одна из континентальных правовых систем не запрещает исков и судебных решений об иностранной валюте; см. *Mann*, 280.

[3] *Mann*, 291 et seq.

[4] 23 Geo. V, c. 13, s. 2, sub-sect. (3).

[5] (1943) A. C. (P. C.). 311, 318.

сумму в стерлингах, какую он должен уплатить на рынке при покупке соответствующей суммы иностранной валюты, в которой должник обязан был совершить платеж[1]. Таким образом, было бы разумно признать должника свободным от обязательства только после того, как он уплатит эквивалент следуемой с него суммы в иностранной валюте по курсу, существующему на день платежа[2].

III. Изменения и расстройство денежной системы, с которыми все страны сталкиваются в периоды экономических кризисов, бывают одного из следующих двух видов:

448. Изменение в денежной системе

1) Изменения могут заключаться в изменении правовой организации денежной системы, как, например, введение в обращение новых монет или новых бумажных денежных знаков[3], уменьшение веса монет, переход от серебряного к золотому стандарту, наделение банковых билетов свойствами законного платежного средства (cours légal) или же установление неразменности денег на звонкую монету (cours forcé). Покуда господствовала м е т а л л и ч е с к а я доктрина, деньги рассматривались как определенное количество металла с обозначением на них, удостоверяющим вес и пробу[4]; бумажные деньги, как, например, банкноты, рассматривались не как деньги, а как их заместители. Соотношение между денежными единицами различных стран или одной и той же страны, но в различные периоды определялось, главным образом, количеством и пробой металла, содержавшегося в «стандартной» денежной единице одной страны или одного периода—по сравнению с весом и пробой денежной единицы другой страны или другого периода; в случае применения различных «стандартных металлов» (золото, серебро) это соотношение определялось сопоставлением стоимости одного металла со стоимостью другого. Если в какой-либо стране меняется денежная система, законо-

---

[1] См. Marrache v. Ashton, loc. cit., p. 318.

[2] Такова германская норма (§ 244 германского гражданского кодекса). Судебное решение, конечно, может конвертировать иностранную валюту по курсу, существующему на день вынесения решения. Но если указанная в решении сумма оказывается недостаточной, кредитор может предъявить второй иск о причитающейся ему дополнительной сумме вследствие повышения курса (иностранной валюты) в промежутке между вынесением решения и производством платежа.

[3] Или объявление о том, что старые бумажные денежные знаки сохраняют характер платежного средства только в том случае, если они сопровождаются определенного рода удостоверением. Так, например, в течение и после испанской революции бумажные пезеты должны были иметь так наз. guias; см. Pyrmont Ltd. v. Schott (1939), A. C. (P. C.) 145, 156.

[4] Так думал еще в 1881 году один из германских юристов (*E. I. Bekker*, Couponsprocesse der österreichischen Eisenbahnen, p. 93, 121).

датель часто издает закон о перечислении денежных обязательств, выраженных в денежной единице старой системы, на новую единицу. В тех случаях, когда такая норма основывалась на соотношении между старой и новой денежными единицами, она являлась решающей также и в международных сношениях; дело обстоит иначе, когда новые монеты имеют низкое металлическое содержание, хотя им и присваивается равная платежная сила со старыми монетами.

449. *Lex pecuniae является решающим*

Металлическая доктрина ныне полностью исчезла; всюду действует номинализм, т. е. должник по денежному обязательству обязан уплатить в любой валюте, которая на день платежа является законным платежным средством в той стране, о валюте которой идет речь; и он должен уплатить столько монет в этой валюте, чтобы сумма единиц, обозначенных на этих монетах, была равна сумме долга. Вопрос о том, какие предметы являются деньгами и какова их номинальная стоимость (или, вернее, их номинальное обозначение), разрешается тем правом, которое эти деньги создает, наделяет их свойством денег и присваивает им определенную номинальную стоимость (*lex pecuniae*)[1]. Никакое иное право, кроме английского, не может ответить на вопрос о том, что собой представляет десять английских фунтов. Хотя обязательство об уплате десяти фунтов может регулироваться французским правом как свойственным договору, но французское право не может указать, что̀ означает выражение «десять английских фунтов». Ни одна правовая система уже больше не определяет фунт стерлингов как определенное весовое количество золота.

Поэтому если денежная система страны *A* заменяется новой системой, если, например, страна *A* отходит от золотого стандарта и принимает систему неразменных на золото бумажных денег, то только право этой страны *A* может установить норму, в соответствии с которой должны конвертироваться старые денежные обязательства, выраженные в валюте этой страны. Свойственное договору право ничего не может сказать по этому вопросу. Это положение иногда вызывало сомнения на том основании, что законы о принудительном курсе валюты, в которой могут уплачиваться долги, не должны иметь экстерриториального действия. Но такой нормы не существует. Если в августе 1931 г. два немца заключили в Германии договор продажи, подлежавший исполнению там же, но согласились о том, что

---

[1] См. In re Chesterman's Trusts (1923) 2 Ch. 466, 478; Pyrmont Ltd. v. Schott (1939) A. C. (P. C.) 145, 157. Ср. Ehrenberg's Handbuch des Handelsrechts, IV. I. (1917) 637.

цена должна быть выражена и уплачена в английской валюте, то нет никакого основания к тому, чтобы продавец не пострадал в результате отхода английской валюты от золотого стандарта в сентябре 1931 г. в такой же мере, в какой от этого страдает англичанин, заключивший «английский» договор. Продавец, не доверяющий валюте своей собственной страны и оказывающий доверие какой-либо иностранной валюте, должен нести последствия такого поведения.

Это положение было установлено Тайным советом в решении по делу Ottoman Bank v. Chakarian[1]: «Валюта какой-либо страны должна быть определена правом этой страны, и это право, естественно, может определить, что является законным платежным средством в данной стране. Но когда это уже установлено местным правом, то этим определяется законное платежное средство данной страны также и для сделок в любой другой стране; таким образом суд, если перед ним возникают такие вопросы, признает действие права, определяющего данное законное платежное средство».

Проблема подлежащего применению права была наиболее полно обсуждена по делам об исках, которые немецкие кредиторы предъявили к австрийским железнодорожным компаниям после 1876 г.

Ответчики до 1871 г. выпустили облигации, подлежавшие оплате в австрийских (серебряных) гульденах либо в германских (серебряных) талерах, причем 200 гульденов были приравнены к 133 $^1/_3$ талера. После введения в Германии золотого стандарта цена на серебро сильно упала; соотношение между золотом и серебром за короткий период изменилось с 1 : 15½ до 1 : 19, что повлекло за собой значительное обесценение австрийских гульденов. По германскому праву обязательства, выраженные в талерах, подлежали перечислению в обязательства, выраженные в марках, по курсу: одна марка равна $^1/_3$ талера[2]. Ответчики отрицали, что они обязаны уплатить истцам в германской валюте. Если верно то, что они обязались уплатить в австрийской или в германской валюте по выбору их кредиторов[3], то проблема для международного частного права заключалась в следующем: применима ли германская норма о перечислении (по курсу 1—$^1/_3$) даже и в том случае, если свой-

---

[1] (1938) A. C. 260, 278; *Mann*, 193, 194.

[2] Обесценение серебра повлекло за собой такое падение австрийских серебряных гульденов, что 200 гульденов были эквивалентны около 345 германским маркам, т. е., согласно установленному германскому конверсионному курсу, 115 талерам.

[3] Это находилось под сомнением, но было подтверждено в большинстве решений.

ственным договору правом было австрийское право[1]? На этот вопрос почти все германские суды правильно дали положительный ответ[2].

450. Изменение покупательной силы (инфляция и т. д.)

(2) Колебания покупательной силы валюты должны трактоваться не так, как трактуются изменения денежной системы, хотя эти колебания могут отражать экономические последствия таких изменений, например, при переходе от золотого стандарта к системе бумажных денег. В принципе должник по обязательству, выраженному в иностранной валюте, обязан уплатить, а кредитор обязан принять номинальную сумму в соответствии с нормами о законном платежном средстве и перечислении, действующими в стране, денежной системы которой вопрос касается; если должник производит платеж таким образом, его обязательство тем самым считается погашенным, независимо от того, оставалась ли покупательная сила валюты, в промежутке между датой заключения договора и датой платежа, без изменений или же снизилась, например, вследствие инфляции, или повысилась в результате дефляционных мероприятий[3]. Однако в некоторых странах, в которых имело место катастрофическое или, по крайней мере, очень значительное снижение покупательной силы валюты,—правовые системы установили ревалоризацию старых обязательств посредством издания специальных законов, либо путем применения общей нормы обязательственного права, согласно которой «должник должен исполнить свое обязательство в соответствии с требованиями доброй совести»[4].

451. Ревалоризационные законы

Какова международная сфера действия таких ревалоризационных норм? Составляют ли они часть д е н е ж н о й системы той страны, в которой они были изданы и, следовательно, применимы всюду, где только возникает долг в валюте этой страны, или же их применение зависит от права, которому подчиняется данное обязательство? Последний ответ следует признать правильным. Возьмем, например германский закон, представляю-

---

[1] Вопрос о том, было ли свойственным договору правом австрийское право или же свойственное договору право зависело от места платежа, также был под сомнением.

[2] Германский верховный коммерческий суд (Off. Coll.) 23, 205; 25, 41; Верховный суд (Off. Coll.) 6, 126; 19, 48. Ср. Ehrenberg's Handbuch des Handelsrechts, IV. I, 643, note 30.

[3] См. решения по делам: Chesterman's Trusts, выше, и Pyrmont Ltd. v. Schott, выше, §§ 448, 449.

[4] Германский гражданский кодекс, Стр. 242.

щий собой яркий пример ревалоризации. Когда в 1924 г.[1] старая марка была заменена рейхсмаркой, соотношение между первой и второй денежной единицей было установлено как 1 000 000 000 000:1. Это соотношение (или, по выражению экономиста Ф. Кнаппа, эта «обратная связь»—rekurrenter Ausschluss), которое в действительности определяло соотношение старой и новой валюты,[2] не было изменено законами о ревалоризации. Эти законы установили ревалоризационные курсы для различных видов денежных обязательств и требований, например, закладная на 10 000 марок, если она была совершена в 1917 г., была переоценена в 2500 рейхсмарок, а если она была совершена в декабре 1919 г., она переоценивалась только в 260 рейхсмарок; предъявительские облигации в 10 000 марок, выпущенные в 1917 г., были оценены в 1500 рейхсмарок, но должник при определенных условиях мог применить более низкую переоценку, и так далее. Вытекает ли из этого, что значение термина «рейхсмарка» различно в различных случаях, что надпись на билете рейхсбанка «1 000 рейхсмарок» меняет свое значение в зависимости от способа использования этого билета? Ревалоризация меняет содержание денежного обязательства, а не сущность закона о денежной единице. Таким образом, германский, польский, венгерский (и т. д.) законы о ревалоризации могли применяться к какому-либо обязательству только в том случае, если это обязательство регулировалось, соответственно, германским, польским или венгерским правом. Обязательство в 1000 марок, возникшее между англичанами в 1913 г. и регулируемое английским правом, не подвергается ревалоризации ни в силу германского декрета о ревалоризации, ни в силу общей германской нормы, требующей, чтобы должник добросовестно выполнил свое обязательство. Может ли это обязательство быть переоценено—это зависит исключительно от английского внутреннего материального права, а в Англии не существует никакого права на ревалоризацию (переоценку)[3]. Эта точка зрения была воспринята судами всех стран, в которых эта проблема разрешалась. Руководящим английским делом по этому вопросу является дело Anderson v. Equitable Assurance Society of the U. S. A.[4], единогласно решенное апелляционным судом; по этому делу судья Аткин сформулировал норму, устанавли-

---

[1] Валютный закон от 30 августа 1924 г., ст. 5, § 2.

[2] *Knapp*, Staatliche Theorie des Geldes, 1905, S. 12.

[3] Об английском внутреннем материальном праве см.: British Bank for Foreign Trade v. Russian Commercial and Industrial Bank (1921) 3: T. L. R. 65, и *Mann* loc. cit., p. 208.

[4] (1926) 134 L. T. 557., 566. Позднейшие дела (недостаточно ясные): In re Schnapper (1936), I A. E. R. 322, 326, и Kornatzki v. Oppenheimer (1937) 4 A. E. R., 133. См. об этом *Mann*, loc. cit., 205—207.

вающую, что «валоризации (переоценке) подверглось обязательство, а не валюта», и отсюда сделал вывод о неприменении германского ревалоризационного закона к английскому обязательству, выраженному в марках.

452 Золотые оговорки

IV. Договаривающиеся стороны часто пытаются защитить себя от колебаний стоимости валюты включением в свой договор золотой оговорки или какого-либо иного постановления, которое связывает причитающуюся кредитору денежную сумму с каким-либо товаром (серебром, рожью, пшеницей и т. д.), в устойчивую стоимость которого стороны больше верят. Золотые оговорки являются либо золото-монетными оговорками, либо оговорками о «золотой стоимости» долга[1]. В первом случае денежный долг должен быть уплачен золотыми монетами, и если вследствие изменений в валютном законодательстве золотые монеты перестают обращаться как деньги, исполнение денежного обязательства становится невозможным. Во втором случае денежный долг должен быть уплачен любыми предметами, имеющими характер денег в момент производства платежа (банкнотами, казначейскими свидетельствами и т. д.), но в таком количестве, чтобы кредитор мог на него приобрести указанное в обязательстве количество золота[2]. От толкования договора зависит, является ли включенное в договор выражение, указывающее на определенное количество золота в связи с суммой долга,—золотой оговоркой или только ссылкой на золотой стандарт, на котором базируется законное платежное средство[3]. Если золотая оговорка по своему характеру этого требует, то решение вопроса о том, является ли она золото-монетной оговоркой или оговоркой о золотой стоимости долга, дается свойственным договору правом[4]. Такие оговорки, как, например: «100 долларов золотыми монетами Соединенных Штатов Америки, стандарта, веса и пробы, существовавшими на 1 сентября 1928 г. или равными им», или «100 фунтов золотыми монетами Соединенного Королевства или находящимися

---

[1] Обязательство уплатить определенное количество золота определенной пробы вообще не является денежным обязательством, а совершенно сходно с любым иным обязательством «уплатить» товарами (рожью, пшеницей).

[2] См., в частности, решение Постоянной палаты международного правосудия по делу о сербских займах. Coll. of Judgments, Ser. A, № 14, pp. 32, 41.

[3] St. Pierre v. South American Stores (1937), 3, A. E. R. 349, 352. См. *Mann*, 219 и 93—98 по поводу двух дел, рассмотренных Тайным советом: Ottoman Bank v. Dascalopoulos (1934) A. C. 354 и Ottoman Bank v. Chakarian (1938) A. C. 260, 268.

[4] См. *Mann*, 220.

в обращении законными платежными средствами Соединенного Королевства в таком количестве, чтобы каждый фунт, включенный в номинальную сумму такого платежа, представлял собой стоимость в Лондоне, в стерлингах (исчисленную на день наступления срока платежа) 123. 27 447 гран золота, стандарта и пробы, установленных в первом списке, приложенном к Закону о чеканке монеты 1870 г.», рассматриваются в Соединенных Штатах и в Англии как оговорки о «золотой стоимости» долга[1]. Оговорки о «золотой стоимости» действительны, если только они не аннулированы специальными законами. Действительность золото-монетных оговорок находится под сомнением в Англии[2] и в некоторых других странах.

Золотые оговорки с экономической точки зрения излишни, покуда денежная система устойчива и действует бесперебойно; они становятся существенными, когда денежная система какой-либо страны серьезно поколеблена. Справедливо, а с точки зрения экономического порядка даже желательно, чтобы в такие периоды финансовой неустойчивости и расстройства все кредиторы были поставлены в одинаковое положение и чтобы никому из них не было разрешено, в ущерб другим кредиторам, пользоваться какими-либо привилегиями, возникающими из золотой оговорки. Этим объясняется аннулирование золотых оговорок во многих странах[3] как раз в то время, когда они должны были стать действующими[4]. Это необходимо иметь в виду при обсуждении вопроса о том, должен ли суд применять законы иностранных государств об отмене оговорок, или нет. Разработанная проницательными деловыми людьми и их юристами

---

[1] *Mann*, 100 et seq. Feist v. Société Intercommunale Belge (1934) A. C. 161. The King v. International Trustee for the Protection of Bondholders (1937) A. C. 500, 566. British and French Trust Corp. v. New Brunswick Railway Co. (1937) 4 A. E. R. (C. A.) 516; (1938) 4 A. E. R. (H. L.) 747.

[2] Благодаря замечаниям судьи Фаруэлл по делу Feist (выше) (1933), Ch. 684, 692. См. Mann, 104—108.

[3] Во время первой мировой войны: в Германии, Австрии, Бельгии, Венгрии, Румынии, Италии, Греции, Египте. После войны, особенно, начиная с 1931 г., в скандинавских государствах, Польше, Мексике, Коста-Рике, Соединенных Штатах (1933 г.), Канаде (в 1937 г.; тексты Закона о золотых оговорках можно найти в All. Engl. Rep., 1938, 4, 752, и в J. Comp. Leg. 1941, Part. II, 46), Бразилии, Кубе, Гватемале, Колумбии. *Nussbaum*, 44 Yale L. J.; Mann, 111, 112.

[4] Указывалось на то, что такое аннулирование несправедливо в отношении бережливых людей, заслуживающих защиты и нуждающихся в ней. Лучший ответ на это дал выдающийся французский юрист: «La meilleure protection de l'épargne c'est la conscience des risques qu'elle court, parce qu'on court des risques dès qu'on possède quelque chose et qu'on veut le garder». («Лучшая защита бережливости—это сознание того риска, которому она подвергается, ибо подвергаешься риску, если чем-либо владеешь и хочешь это сохранить») (*Hamel*, Travaux du Comité français d. dr. int. pr., III (1937) 126).

концепция, утверждающая, что иностранные законы об аннулировании золотых оговорок не должны применяться за пределами того государства, в котором они были изданы,—является узкой и исключительно нецелесообразной. Если Англия была и еще сейчас в состоянии контролировать расстроенную денежную систему, не прибегая к отмене золотых оговорок, то единственным основанием для этого служит то обстоятельство, что такие оговорки редко встречаются в Англии. Но допустим (на минуту), что в 1931 г. все английские договоры содержали золотую оговорку: это расстроило бы всю политику отказа от золотого стандарта.

453. Сфера международного действия законов об аннулировании золотой оговорки

Что касается сферы действия законов, аннулирующих золотые оговорки, то в настоящей книге исследуется только одна проблема, заключающаяся в следующем: какое право отвечает на вопрос о том, должен ли суд применять иностранные законы об аннулировании оговорок? Необходимо рассмотреть три возможных решения этого вопроса. Решающим правом может быть, во-первых, право соответствующей денежной системы (*lex pecuniae*); или, во-вторых, право места исполнения обязательства; или, в-третьих, право, свойственное договору, из которого возникает обязательство. Первое из указанных решений было принято только в Польше, Германии и Австрии[1]. Против этого решения можно спорить. Правда, отмена з о л о т о-м о н е т н ы х оговорок, как правило, влечет за собой изменение валюты вследствие уничтожения денежного характера золотых монет; в этом отношении вопрос действительно касается валютного законодательства. Но дальнейшие последствия отмены оговорок, делающие невозможным исполнение обязательства, должны регулироваться свойственным договору правом—как и всякое иное основание для освобождения должника от его обязательств или для их изменения. С другой стороны, аннулирование оговорки о з о л о т о й с т о и м о с т и непосредственно создает существенное изменение суммы обязательства, частичное ее уменьшение. Таким образом, остается выбор между вторым и третьим решением, т. е. между свойственным договору правом и правом места исполнения обязательства, регулирующим способ и порядок платежа. Возьмем для примера случай предоставления займа в канадских долларах по канадскому праву; заем подлежит погашению в Лондоне и подчиняется оговорке о золотой стоимости. Должен ли суд применить канадский Закон о золотых

---

[1] Польша, Закон от 12 июня 1934 г., Германия, Закон от 26 июня 1936 г.; Австрия, Закон от 4 апреля 1937 г. См. *Mann*, 221, note 3.

оговорках 1937 г. (аннулировавший золотые оговорки)? Ответ зависит от того, регулируется ли этот вопрос свойственным обязательству правом или же правом места платежа. Правильным (мы полагаем) будет первый ответ. Отмена оговорок о золотой стоимости не влечет за собой изменения «способа и порядка платежа», а изменяет основное содержание обязательства; должник должен уплатить меньше, чем раньше, потому что он «должен» меньше, чем раньше. Апелляционный суд, однако, в решении по делу British and French Trust Corporation v. New Brunswick Railway Co[1], повидимому, придерживался другого взгляда, постановив, что не только способ и порядок платежа, но также и размер платежа должен определяться правом места платежа. Против такого рассуждения можно возразить, что предметом спора является не размер платежа, а размер обязательства (долга); должник обязан уплатить то, что он должен, и поскольку размер денежного долга установлен, то не остается никаких сомнений относительно размера платежа. К счастью, авторитетность приведенного выше решения апелляционного суда ослабляется тем обстоятельством, что в обсуждавшемся им случае сумма, подлежавшая уплате в Лондоне, была выражена в фунтах стерлингов, и платеж должен был быть произведен не в канадских долларах, а в золотых монетах Великобритании. Суд мог основывать свое мнение на концепции, допускающей, что стороны намеревались подчинить вопрос о размере денежного долга английскому праву.

Вывод таков: право какой-либо страны X, аннулирующее золотые оговорки, может применяться в Англии только в том случае, если свойственным обязательству правом будет право этой страны X.

При таком положении закон, аннулирующий оговорки, должен, конечно, определить сферу своего применения и ответить на следующие вопросы: имеет ли закон в виду аннулировать все золотые оговорки или же только оговорки, относящиеся к валюте данной страны? Применяется ли этот закон только к тем сторонам, которые домицилированы или имеют свое постоянное местопребывание в этой стране, или к ее гражданам, или же он подлежит применению в отношении иностранных кредиторов так же, как и в отношении местных кредиторов? Предполагает ли применение этого закона, что место исполнения обязательства находится в пределах той страны, в которой аннулирование было объявлено? Ответ на все эти вопросы зависит от толкования закона об аннулировании оговорок.

[1] (1937) 4 A. E. R. 516, 525, 528, отменяющее решение судьи Хилберп (1936) I A. E. R., 13). См. *Mann*. loc. cit., 224—227. (Решение апелляционного суда по основному вопросу было подтверждено палатой лордов (1939) A. C. 1, но обоснование было иное).

Решение этих вопросов связано с большими трудностями, особенно в случае применения наиболее существенного из иностранных законов об аннулировании золотых оговорок — американского объединенного решения конгресса от 5 июня 1933 г. Но эта тема не является предметом исследования в книге, посвященной вопросам международного частного права.

454. *Золотые оговорки и публичный порядок*

Остается еще один существенный вопрос: не нарушается ли применением иностранного закона об аннулировании золотых оговорок публичный порядок страны, в которой разрешается судебный спор? Наличие такого нарушения иногда доказывалось в Германии, Нидерландах[1], а также во Франции, и при этом, в частности, приводился довод, что с точки зрения публичного порядка иностранная отмена золотых оговорок должна рассматриваться как мероприятие, имеющее строго территориальное действие[2]. Английские суды и суды большинства других стран отказались применять здесь концепцию публичного порядка[3]. Если сказанное выше относительно экономической нецелесообразности золотых оговорок правильно, то трудно объяснить, почему какая-либо страна должна возражать против их аннулирования. Если бы отмена золотых оговорок была направлена исключительно против кредиторов, имеющих иностранную резиденцию или иностранное гражданство, суды, вероятно, отказывали бы в ее применении.

455. *Мораторий*

V. Мораторий, т. е. установленная законом отсрочка обусловленной даты платежа по определенным обязательствам, нередко имеет место в военное время, во время революции или тяжелых экономических кризисов. Международная сфера действия моратория находится под сомнением. В иностранных государствах он часто рассматривается, как строго территориальное мероприятие, и бывало, что судьи другой страны отказывали в его применении по мотивам публичного порядка[4]. Английское право в этом отношении отличается от других систем. Английские суды не отказываются применять иностранный мораторий при условии, что место платежа находится на территории, на которой мораторий был объявлен[5]. От должника

---

[1] Германский Верховный суд, Jur. W., 1936, 2058 (J. Clunet, 1936, 951). О голландских делах: *Mann*, 231, note 2.

[2] Пример: Dalloz, Pér. 1936. 2. 88. *Mann*, 229, 230.

[3] *Mann*, 232.

[4] *Nussbaum*, p. 248 и note 4.

[5] Rouquette v. Overmann (1875) L. R. 10 Q. B. 525, 535. In re Francke and Rasch (1918) I Ch. 470, 482. *Beale* II. 1270.

нельзя требовать уплаты долга своему кредитору в стране, где вследствие общего моратория он не может инкассировать причитающихся ему долгов. При этом не имеет значения, идентично ли право, свойственное договору, из которого возникло обязательство, с правом места платежа, или же они отличаются одно от другого.

456. *Валютные ограничения*

VI. Иностранные валютные ограничения были введены на протяжении последних тридцати лет в большинстве стран[1]. Эти ограничения бывают различных видов: их общая тенденция заключается в строгом правительственном контроле над всеми операциями по вывозу и ввозу валюты, а также в контроле над заключением и исполнением договоров, которые могут влиять на валютные курсы. Наиболее разработанные и строго обязательные нормы были изданы в Германии вскоре после краха австрийского Credit-Anstalt и некоторых крупных германских фирм в 1931 г. Германское вмешательство в свободу международных платежей даже до войны 1939 г. зашло настолько далеко, что германским должникам было запрещено производить платежи иностранным кредиторам, за исключением платежей в германских рейхсмарках на блокированный счет в германском государстве, или уплачивать иностранцам по обязательствам из средств должника за границей.

457. *Применение валютных ограничений за границей*

Должны ли такие валютные ограничения применяться каким-либо судом вне территории государства, издавшего эти ограничительные нормы? Этот вопрос в принципе подчиняется праву, свойственному договорному обязательству. Такова, по крайней мере, английская точка зрения[2], между тем как американское право отдает предпочтение праву места исполнения обязательства—в тех случаях, когда это право не является свойственным договору правом[3]. Согласно английскому праву, мы, следовательно, должны различать следующие возможные положения: в тех случаях, когда свойственным договору правом является право той страны, в которой валютные ограничения были введены, эти ограничения в принципе будут приме-

---

[1] Даже до войны 1939 г. валютные ограничения существовали в тридцати шести странах в противоположность двадцати девяти, в которых еще действовал свободный обмен валюты; *Freutel*, 56 Harv. L. R. 30.

[2] Английскую норму можно вывести из решений по делу De Beéche v. South American Stores (1935) A. C. 148 и St. Pierre v. South American Stores (1937) 1 A. E. R. 206, 215, где свойственным договору правом было чилийское право, хотя платеж должен был быть произведен в Англии — суд применил чилийские валютные ограничения.

[3] Restatement, 358, 363, 370 и *Freutel*, loc. cit.

няться английским судом. С другой стороны, когда свойственное договору право не есть право, действующее в стране, установившей валютные ограничения, то эти ограничения неприменимы в Англии. Необходимо, однако, исследовать, определяются ли эти два принципа в какой-либо мере характером валютных ограничений.

458. 1) Если закон о валютных ограничениях является свойственным договору правом

1) Должны ли иностранные валютные ограничения применяться всегда, когда право страны, установившей эти ограничения, является свойственным договору правом? Их применение может быть несовместимо с их так называемым территориальным характером или противоречить публичному порядку места суда. В целом ряде очень обоснованных решений швейцарский федеральный суд[1] отклонил применение германских валютных ограничений как представляющих собой «наступление на право кредиторов, несовместимое с основными принципами швейцарского права», или «принудительные меры, предпринятые односторонне иностранным государством в целях защиты своих собственных экономических интересов в ущерб интересам других наций». Французские суды[2] пришли к тем же выводам, подчеркнув, что такого рода ограничения являются административными, карательными и политическими и, следовательно, должны быть строго территориальными. Наиболее резкие возражения против германских валютных ограничений употребили, однако, американские суды (даже до вступления в войну Соединенных Штатов); одна из инстанций даже заклеймила эти ограничения как «в высшей степени противоречащие нашему чувству чести и порядочности» и как «отражающие финансовый садизм в его наихудшем виде»[3]. Их применение в Соединенных Штатах, действительно, могло бы привести к результатам в высшей степени предосудительным и аморальным. Примеры можно найти в исках о возврате полученных денежных сумм, предъявленных еврейскими беженцами к таким германским пароходным обществам, как Северный Германский Ллойд и Гамбург—Американская линия. Истцы требовали возмещения суммы, уплаченной за проезд на пароходах из Германии в Соединенные Штаты; проезд на германских пароходах стал невозможным в связи с войной, и истцам

---

[1] См. Offic. Coll. решений Федерального суда, 60, II, 294; 61, II, 242, 63, II, 42.

[2] Парижский апелляционный суд, J. Clunet, 1933, 963 и др.

[3] Pan-American Securities Corp. v. Fr. Krupp Aktiengesellschaft, 169 Misc. 445 (1938) и др. См. *B. Hollander*, Confiscation, Aggression and Foreign Funds Control (1938), p. 93—96, 96, note 10.

(которые, как евреи, фактически вынуждены были оставить Германию) удалось добраться до Соединенных Штатов на пароходах, принадлежавших нейтральным странам. Пароходные компании—ответчики признали свою обязанность возвратить полученные денежные суммы, но утверждали, что в силу германского закона они могут произвести платеж только в пределах Германии и только на блокированный счет. Они предложили произвести такой платеж. Но, так как истцы не могли возвратиться в Германию или использовать в Америке свои германские «блокированные счета», эти предложения не представляли никакой практической ценности для истцов. Американские суды отказались применять германские валютные законы. Английские суды не имели повода для решения подобных дел[1]. По делу Graumann v. Treitel[2] обе стороны, бывшие компаньоны, бежали из Германии от нацистских преследований; требование, на котором иск был основан, возникло, когда обе стороны были еще в Германии, где они подчинялись германским валютным постановлениям. После того как они эмигрировали в Англию, никто из них не был более обязан соблюдать эти постановления и никто не стремился на них ссылаться. Суд поэтому был в состоянии вынести решение без исследования вопроса о том, противоречит ли обязанность подчиниться таким нормам английскому публичному порядку. Другие решения, занимающиеся вопросом об иностранных валютных ограничениях, были вынесены только по делам De Beéche v. South American Stores[3] и St. Pierre v. South American Stores[4]. В обоих случаях свойственным договору правом было чилийское право; чилийские валютные ограничения запрещали должнику уплатить следуемую с него сумму фунтов стерлингов в Лондоне, как он обязался; должник, в соответствии с чилийским законом, уплатил свой долг в песах путем депозита в чилийский суд, тем самым исполнив свое обязательство в соответствии с чилийским законом. Английский суд отклонил иски кредиторов об уплате долга в фунтах стерлингов. Из этого обстоятельства трудно сделать вывод о том, что иностранные валютные ограничения должны применяться всегда, когда свойственным договору правом является право, содержащее ограничения. Мы полагаем, что каждое дело должно быть разрешено в зависимости от своего существа; если, в силу особых обстоятельств рассматриваемого судом дела, применение определенных ограничений, введенных определенным государством, нарушает английские

---

[1] В английском деле Ginsberg v. Canadian Pacific Co. (1940) 66 L. L. L. R. 20 договор не был германским договором, поэтому германские валютные нормы были неприменимы.

[2] (1940) 2 A. E. R. 188, 195.

[3] (1935) A. C. 148.

[4] (1937) A. E. R. 206, 215 и (C. A.) 3 A. E. R. 349, 355.

принципы справедливости,— как это, вероятно, имеет место в приведенных выше американских «пароходных» делах,—суд отвергнет иностранную норму. Общее отрицание действия всех иностранных ограничений казалось бы особенно несправедливым в тех случаях, когда внутреннее материальное право места суда устанавливает валютный контроль, сходный с контролем, существующим в иностранном государстве.

459. 2) Если ограничительный закон не есть ни свойственное договору право, ни lex loci solutionis

2) В тех случаях, когда право страны, установившей ограничения, не является свойственным договору правом, а также правом места исполнения обязательства, иностранные валютные ограничения не будут приниматься во внимание. Хотя это само собой понятно, но должники иногда ссылались на валютные ограничения, установленные правом их домицилия, или места постоянного пребывания, или местонахождения их предприятия. Так, например, по делу Kleinwort, Sons and Co. v. Ungarische Baumwolle Industrie Aktiengesellschaft[1] истцы предъявили иск по договору, свойственным правом которого было английское право и который подлежал исполнению в Англии. Венгерские должники в своих возражениях ссылались на венгерское право, по которому им запрещалось уплатить своему кредитору в Лондоне, утверждая, что от них нельзя требовать нарушения их национального закона. Это возражение было признано недействительным. Должник, которому его личный закон не разрешает уплатить то, что с него следует, похож на любого должника, который не может исполнить свое обязательство вследствие того, что он был ограблен бандой разбойников на большой дороге и лишен всего, чем он владел[2].

460. 3) Если ограничительный закон является lex loci solutionis

3) Когда право страны, установившей ограничение, является правом места платежа, хотя и отличающимся от свойственного договору права, иностранные валютные ограничения могут приниматься во внимание на основе нормы, в силу которой английские суды отказывают в принудительном исполнении договора, если это исполнение, с точки зрения права места исполнения, является назаконным[3]. Только в тех случаях, когда признание незаконности по иностранному закону места исполнения обязательства будет противоречить английскому

---

[1] (1929) 2 K. B. 678, 683, 690.

[2] См. также американские дела, на которые ссылается *Hollander*, loc. cit., 92.

[3] Ralli Brothers v. Compañia Naviera (1920) 2 K. B. (C. A.) 287; выше, § 425.

взгляду на справедливость и честность, английские суды (вероятно) не примут во внимание такую незаконность и ее влияние на действительность договора.

VII. Нормы, разработанные для договорных денежных обязательств, применимы также и к денежным обязательствам, возникающим из легатов, правонарушений, квазидоговоров, из обязанности предоставлять алименты и из любых иных правоотношений.

БИБЛИОГРАФИЯ

F. A. Mann, The legal Aspect of Money, 1938, в частности, p. 117 et seq. (основная работа по этому вопросу). *Nussbaum*, Money in the Law (Chicago) 1939, passim. *Niboyet*, Rev. Darras, 1925, 161.

Wortley, 17 Brit. Y. B. (1936) 112. *Nussbaum*, 43 Rec. 559 (1933), *J. Reiss*, Portée international des lois interdisant la clause-or, 1936. *Bagge*. 18 Rev. Ghent (1937) 457, 786. *E. Cohn*, 52 L. Q. R. (1936) 474. *R. R. Neumann*, Devisennotrecht und internat. Privat R., 1941 (1938). *E. C. Freutel*, 56 Harv. L. R. (1942) 30. *Rashba*, 41 Michig. L. R. (1943) 777, 1089.

Переводные векселя (тратты), простые векселя и чеки

461. *Женевские конвенции и Британская империя*

Женевские конвенции 1930 г. относительно тратт и векселей и конвенции 1931 г., относящиеся к чекам, к сожалению, не достигли успеха в смысле установления единообразного всемирного закона об этих оборотных документах[1]. Женевские законы, в частности, не были приняты Великобританией, Британской империей и Соединенными Штатами Америки. Часть земного шара, говорящая на английском языке, и ее торговый мир хорошо свыклись с нормами, которые создавались торговой практикой на протяжении веков и которые были приведены в ясность и формулированы в Британском законе о векселях 1882 г. Не было ни малейшего основания для того, чтобы народы, населяющие Британскую империю, отошли от этого, прочно установившегося и освященного веками права и отказались от многих правовых институтов (таких, например, как предъявительский вексель), ввели у себя различия, до того неизвестные (как, например, различие между траттой и чеком), и ряд простых и либеральных норм заменили более строгими и стеснительными правилами. То же относится и к Соединенным Штатам, где в 1896 г. был составлен Единый закон об оборотных документах (Uniform Negotiable Instruments

---

[1] См. выше, § 41.

Act), принятый всеми штатами и в основном составленный по британскому образцу[1].

Из шести женевских конвенций, из коих три касаются тратт и векселей, а три—чеков, две конвенции посвящены «урегулированию некоторых коллизий законов»—одна, относящаяся к траттам и векселям, другая—к чекам. Делегаты в Женеве были хорошо осведомлены о том, что Великобритания и Америка откажутся от принятия женевских постановлений о траттах и чеках. Однако существовала, повидимому, разделявшаяся многими надежда на то, что эти страны, по крайней мере, примут коллизионные нормы. Но даже и эта надежда не оправдалась. Англия в своем Законе о векселях 1882 г. предусмотрела небольшое количество коллизионных норм[2], и хотя некоторые из них были встречены резкой и заслуженной критикой и, действительно, отчасти «неясны и даже почти непонятны»[3],— английские законодательные органы предпочли скорее сохранить это неблагоприятное положение, чем принять женевские коллизионные нормы, которые страдали всеми недостатками, свойственными компромиссу. Если предоставлен выбор между своими собственными нормами, хотя и имеющими недостатки, и иностранными нормами, имеющими свои недостатки, то имеются основания сохранить свои старые нормы. Женевская коллизионная норма, подчиняющая способность (право- и дееспособность) национальному праву лица, была особенно несовместима с одним из основных принципов английского права, именно, с принципом домицилия.

Нормы, установленные английским Законом о векселях 1882 г. в отношении международного частного права, содержатся в ст. 72 этого Закона. В настоящей главе мы рассматриваем только о б я з а т е л ь с т в а, возникающие из подписания акцепта или индоссирования переводного векселя (или из совершения и индоссирования простого векселя). П е р е д а ч а прав, содержащихся в документе, будет рассмотрена в дальнейшем[4] в непосредственной связи с вопросом о передаче нематериального имущества.

462. Вексельная право- и дееспособность

I. С п о с о б н о с т ь (право- и дееспособность). Указанный выше Закон, который ни в коем случае нельзя считать исчерпывающим, не отвечает на вопрос о том, какие

---

[1] См. *Hudson* and *Feller*, 44 Harv. L. R., 1931, 333, 347.

[2] Американский Закон об оборотных документах не содержит норм международного частного права.

[3] Так, например, *Dr. Cheshire*, p. 291.

[4] §§ 526—530.

лица способны принимать на себя обязательства, выписывая, акцептуя или индоссируя переводный вексель. В некоторых системах внутреннего материального права способность к подписанию векселей не отличается от общей способности к заключению договоров. В других системах существуют специальные нормы, предназначенные для защиты должников, не знакомых с торговым оборотом, от опасности потерять возможность возражать против иска ввиду ограничения возражений, установленных для векселей. Коллизионная норма, однако, не отличается от нормы, действующей в отношении обыкновенных договоров. В Англии право- и дееспособность зависит от личного закона, т. е. от права домицилия; но достаточно также, чтобы лицо обладало право- и дееспособностью согласно праву места заключения договора[1].

463. Форма договоров

II. Действительность различных договоров со стороны формы должна устанавливаться в отношении каждого договора в отдельности, хотя бы они были объединены в одном документе. Действительность договора со стороны формы всецело зависит от соблюдения закона места совершения документа. Так, например, обязательство трассанта формально действительно, если соблюден закон, действующий в стране, где он подписал и вручил документ, в то время как для действительности обязательств акцептанта или любого из индоссантов (бланконадписателей) требуется соблюдение формальностей, предписанных соответственно законами того места, где каждый из них совершил свой договор.

Принцип *locus regit actum* действует в отношении оборотных документов как императивная норма, а не как диспозитивная, как это имеет место в отношении другого рода договоров[2]. Это различие между обычными торговыми договорами и выдачей оборотоспособных тратт, векселей и чеков сохраняется также и на континенте, независимо от того, были ли приняты нормы Женевских конвенций или нет. Но место совершения документа по-разному определяется в континентальных правовых системах и в Женевских конвенциях, с одной стороны, и в английском и американском праве—с другой. По женевским правилам, этим местом является «территория, на которой договор был подписан»; по английскому праву это— «место, где такой договор совершен», и это выражение означает место «вручения» контракта. Закон определяет «вручение» как «переход владения, действительный или подразумеваемый,

---

[1] См. выше, § 261 и след.
[2] См. выше, §§ 426—428.

от одного лица к другому». Если этот переход осуществлен через письмо, содержащее такой документ, вручение и, следовательно, договор совершены там, где было отправлено письмо.

464. *Locus scriptus* и *locus verus*

Место вручения документа является решающим, даже если обозначение места ясно не вытекает из текста документа. Если трассант подписывает вексель во Франции и датирует его правильно в Кале, но отправляет его своему кредитору после того, как он прибыл в Дувр, то формальная действительность такого векселя зависит от английского права, хотя только почтовый штемпель на конверте указывает, откуда прибыло письмо. К счастью, такие расхождения на деле встречаются очень редко. Если бы они бывали часто, английское решение вопроса было бы хуже женевского (чего на самом деле нельзя сказать)[1]. Ввиду редкости таких случаев казалось бы справедливым допустить две опровержимые презумпции: во-первых, что место, обозначенное в тексте документа как место его подписания, действительно является местом его подписания и, во-вторых, что местом подписания документа является место его вручения. Более сомнительной представляется возможность разрешать лицу, которое при подписании документа неправильно обозначает место его подписания, оспаривать первую из указанных презумпций в отношении добросовестного приобретателя документа[2]. Если, например, вексель (тратта) подписан или датирован трассантом в Кале и отправлен им из Англии и поэтому действителен по французскому праву, но формально недействителен по английскому праву, то трассант вследствие такого своего поведения должен быть лишен возможности ссылаться на недействительность его обязательства по английскому праву. Но было бы преувеличением сформулировать общую норму, устанавливающую, что добросовестный приобретатель документа может иметь право во всех отношениях рассматривать обозначенное в документе место (*locus scriptus*) как действительное место его совершения (*locus verus*), например, для того, чтобы получить более высокий процент в случае просрочки платежа[3].

---

[1] См. *Gutteridge*, loc. cit., p. 71.

[2] Об американском праве см. *Raiser*, p. 41, notes 5—7.

[3] Допустим, что *locus scriptus*—это Берлин, а *locus verus*—Париж. Во Франции законная процентная ставка (в отношении переводных векселей и чеков) составляет 6%, между тем как в Германии эта ставка может быть выше: она может быть на 2% выше официальной банковской ставки. Ст. ст. 48 № 2 и 49 № 2 Женевского единого закона о переводных векселях; ст. 13 приложения II; германский закон от 3 июля 1925 г. *Arminjon* and *Carry* p. 418, 419. ср. статью в Festgabe, посв. Виланду, издано юридическим факультетом в Базеле: Beitraege zum Handelsrecht, 1934, S. 458—460.

465. *Исключения из нормы lex loci actus*

Из нормы, в силу которой формальности регулируются законом места совершения документа, существует два исключения:

1) Иностранный вексель, выданный вне пределов Соединенного Королевства, не становится недействительным вследствие нарушения иностранных законов о вексельном гербовом сборе.

2) Если какой-либо вексель, выданный вне Соединенного Королевства, формально недействителен согласно закону места его совершения, но действителен по английскому праву, он должен рассматриваться как действительный, но только:

а) между лицами, которые вели переговоры, считались или стали сторонами в договоре в Соединенном Королевстве[1], и

б) только для целей принудительного исполнения (платежа)[2]. Та же самая норма, хотя это и не установлено в Законе 1882 г., будет, вероятно, действовать и при решении вопроса о формальной недействительности индоссаментов (передаточных надписей) и акцептов. Женевская конвенция не содержит ни одной такой нормы. Она содержит постановление, которое, с одной стороны, идет дальше, а с другой—не заходит так далеко: оно устанавливает, что если обязательство по переводному векселю формально недействительно согласно закону места его совершения, но совершено в соответствии с законами любой территории, на которой был заключен последующий договор,—формальная недействительность ранее заключенных договоров не влечет за собой недействительности последующего договора. Однако ранее заключенные договоры остаются недействительными (в этом отношении это постановление отличается от английского права)[3].

466. *Действие договоров*

III. Интерпретация (толкование) различных договоров, включая их действительность по существу и их действие согласно ясному тексту Закона[4] «определяется правом того места, в котором договор был совершен». Таким образом, решающим правом положительно объявлен *lex loci actus*, а не *lex loci solutionis*. Эта норма основана на формулировке, данной Стори. Но Стори, объявляя о признании *lex loci actus*,

[1] Если истец приобрел тратту во Франции и привозит ее в Англию, где он «признается ее держателем», то вексель тем самым становится действительным. Спрашивается: уничтожается ли эта действительность снова, когда истец возвращается с векселем во Францию? Правильно будет ответить (мы полагаем), что вексель остается действительным.

[2] Guaranty Trust Co. of New York v. Hannay (1918) I K. B. 43.

[3] Ст. 3, § 2 Женевской конвенции.

[4] Ст. 72, часть (2). Постановление части (2) касается только передачи существующих обязательств, см. об этом ниже, § 526 и след.

утверждал, что, «правильно соблюденная», эта норма «находится в полном соответствии» с суверенитетом принципа *lex loci solutionis*. В этом отношении он, несомненно, ошибался. Формулировка английского закона не позволяет, однако, заменить формулу Стори выражением его действительного мнения. Наилучшим решением, вероятно, было бы решение, которое, после долгой и ожесточенной дискуссии, было принято женевскими законодателями: обязательство акцептанта переводного векселя и векселедателя простого векселя определяется правом того места, где документ подлежит оплате; всякое иное обязательство, например, трассанта или индоссанта, определяется правом той страны, в которой подпись была поставлена[1]. Таково, повидимому, было и английское решение этого вопроса до вступления в действие Закона о векселях. Старая норма: *contraxisse unusquisque in eo loco intellegitur in quo ut solveret se obligavit*[2] (предполагается, что всякое лицо заключило договор в том месте, где оно обязалось его исполнить), которая через голландских авторов дошла до Америки и Англии и которая понималась в том смысле, что она отождествляла место совершения договора с местом его исполнения,—применялась в отношении обязательства акцептанта[3], в то время как обязательства трассанта и индоссантов определялись правом той страны, в которой каждый из них «совершил свой договор»[4].

Право, которое, согласно этим нормам, регулирует отдельный договор, применяется ко всем «добавочным» обстоятельствам по этому договору, например, при решении вопроса о размере процентов в случае просрочки платежа, вопроса об убытках или возмещении расходов, вопроса о том, являются ли трассант и индоссанты ответственными только в том случае, когда трассант отказывается произвести платеж или оказывается несостоятельным должником, и так далее. В отношении даты платежа английский Закон[5] прямо указывает на право того места, где переводный или простой вексель подлежит оплате.

467. *Предъявление, протест и уведомление*

IV. Если трассант уклоняется от акцепта или платежа по переводному векселю, то известные обязательства или бремя падают на держателя документа. Он, как правило, имеет право

---

[1] Ст. 4 Женевских конвенций. Об этом разумном решении см. *Gutteridge*, loc. cit., 15.
[2] D. 44, 7, 21. См. выше, § 414.
[3] Allen v. Kemble (1848) 6 Moore, P. C. 314. Rouquette v. Overmann (1875) L. R. 10, Q. B. 525.
[4] Так, например, Allen v. Kemble, см. выше. См. *Raiser*, 29 et seq.
[5] Ст. 72, часть (5).

обратиться с требованием к трассанту и индоссантам. Но осуществление этого права предполагает принятие некоторых предварительных мер со стороны держателя документа. Наиболее существенными из этих мер являются: а) предъявление векселя трассанту для акцепта либо к платежу; б) формальный протест, выполненный официальными органами в месте платежа или в месте постоянного пребывания или нахождения предприятия трассанта, и в) уведомление об отказе в акцепте тратты (в уплате по векселю), посланное держателем документа либо трассанту и всем индоссантам, либо только последнему индоссанту, который, согласно некоторым правовым системам, в таком случае обязан передать уведомление своему индоссанту, и так далее. В значительной своей части эти обязанности не являются «обязательствами», поскольку их нарушение не создает права требования об убытках[1], это—только предпосылки к осуществлению какого-либо права. Какое право должно решать, необходимы ли эти предпосылки и как они должны быть выполнены? Закон о векселях дает на это ответ, который трудно понять:

«Обязанности держателя в отношении предъявления документа к акцепту или к платежу и необходимость или достаточность протеста или уведомления об отказе от акцепта (платежа) или в других отношениях—определяются правом того места, где действие совершено или где отказано в акцепте тратты (платеже по тратте)».

Таким образом, предъявление векселя, протест и уведомление об отказе от акцепта (платежа) тратты подчиняются альтернативно одной из двух правовых систем: либо праву того места, где действие *было совершено*, либо праву того места, где действие *не было совершено* и, следовательно, в акцепте тратты (уплате по тратте) было отказано. Было бы бессмысленно утверждать, что вопрос о том, что действие, *которое должно было быть совершено* (но не было совершено), регулируется правом того места, где «действие совершено». Поэтому две альтернативно применимые правовые системы должны быть распределены следующим образом: вопрос о том, должно ли быть совершено и где именно должно быть совершено одно из трех указанных действий [предъявление векселя, протест и уведомление об отказе от акцепта (платежа)], может быть разрешен только правом того места, где отказано в акцепте тратты (платеже по тратте), т. е.

[1] Действительное обязательство существует согласно ст. 45, § 6, женевского Закона о переводных векселях. Там сказано: «Лицо, которое не посылает уведомления в течение установленного срока... несет ответственность за ущерб, если таковой будет причинен его небрежностью, но убытки не могут превышать сумму переводного векселя».

того места, где трассант может или обязан произвести платеж[1]. Но на вопрос о том, как должно быть совершено действие, отвечает закон места совершения действия (*lex loci actus*) в соответствии с нормой.

468. Автономия воли сторон

V. Право договаривающихся сторон выбирать закон, применимый к их договору, не предусматривается ни в английском законе, ни в континентальных кодификациях; но эти источники в то же время и не исключают этого права, и нет сомнения в том, что оно существует так же, как и в отношении других договоров. Поскольку оборотоспособность документа требует защиты добросовестного приобретателя этого документа, выбор закона договаривающимися сторонами, например, при заключении соглашения между трассантом и акцептантом или между индоссантом и индоссатом, должен быть указан в тексте самого документа, для того, чтобы быть действительным в отношении добросовестного приобретателя. Если стороны не вносят в документ такое указание, их выбор имеет силу только между ними и в отношении такого приобретателя, который в момент приобретения документа был осведомлен о наличии такого соглашения. Можно ли сделать вывод о подразумеваемом выборе права из неправильной формулировки текста документа в отношении места выдачи векселя? Пример: англичанин выставляет переводный вексель во Франции, но датирует его «Лондон, 1 июня 1943 г.» Ответ будет затруднителен. Положительный ответ невозможен, когда неправильная формулировка была вызвана ошибкой лица, писавшего документ; ответ будет произвольным, когда это лицо действовало сознательно[2].

БИБЛИОГРАФИЯ

Lorenzen, Conflict of Laws relating to Bills and Notes, New Haven, 1919. *Gutteridge*, The Unification of the Rules of Conflict relating to Negotiable Instruments, 16 J. Comp. Legisl., 1934, 53. *L. Raiser*, Die Wirkungen der Wechselerklärungen im Int. Pr. R., 1931. *Veith*, RVglHWB. IV. 489. *Arminjon et Carry*, La lettre de change, 1938, p. 447.

II. ДРУГИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

Правонарушения

469. Различные системы

В правонарушениях, как и в договорах, право места совершения действия,—в данном случае места, где правонарушение было совершено,—играет существенную роль. Если какое-либо

[1] «Может»—до тех пор, пока он не акцептовал тратты; «обязан».—если он её акцептовал.

[2] Raiser, 50.

действие считается незаконным с точки зрения этого права и создает обязательство в том месте, где оно было совершено, то на первый взгляд кажется совершенно естественным, что такое обязательство должно признаваться и подвергаться принудительному исполнению всюду, где бы правонарушитель ни был обнаружен. В действительности, в большинстве стран право места совершения правонарушения (*lex loci delicti commissi*) регулирует условия и последствия правонарушения. Но это право не является единственным решающим правом: оно всюду дополняется правом суда (*lex fori*), так как всякое государство сохраняет за собой право наблюдать за гражданскими последствиями незаконного действия, совершенного за границей, для того, чтобы исключить признание таких последствий, которые могли бы быть несовместимыми с требованиями публичного порядка. Некоторые выдающиеся юристы, такие, например, как Вехтер[1] и Савиньи[2], пошли даже дальше—они склонялись в пользу того, чтобы *lex fori* был решающим для условий и последствий гражданских правонарушений. В этом отношении они коллизионную норму о правонарушениях приближали к норме, регулирующей преступления: лицо, совершившее наказуемое преступление в одном государстве, может тем самым создать для этого государства «право» подвергнуть его наказанию, но справедливость не требует, чтобы другие государства защищали такое право (если оно существует). Одинаковая трактовка гражданского правонарушения и уголовного преступления,—что действительно привело бы к подчинению правонарушений *lex fori*,—едва ли может быть оправдана, и чистая доктрина *lex fori* нигде не была принята, хотя английское право подверглось значительному влиянию этой доктрины[3].

Если, таким образом, во всех странах применимое право зависит от «комбинированного действия» закона места совершения правонарушения (*lex loci delicti*) и закона места суда (*lex fori*), то пропорция, в которой соответствующая значимость каждой из этих норм принимается во внимание, в каждой стране различна. Иногда роль, которую играет публичный порядок места суда, определяется всецело по усмотрению суда (например, во Франции); иногда сфера действия публичного порядка точно определяется законодателем, например, в Германии, где применение иностранного права исключается, поскольку оно на германского гражданина налагает бо́льшую ответствен-

[1] Archiv f. d. civilistische Praxis, 25, 389.

[2] System, VIII, 278.

[3] Frankenstein, II, 362, разработал доктрину, по которой решающим должно быть национальное право правонарушителя. Это даже кажется ему «единственно возможным решением». Но ни одна страна не приняла этой доктрины.

ность, чем та, которую он понес бы по германскому праву[1]. Наконец, существуют правовые системы, в которых отношение между *lex loci delicti* и *lex fori* перевернуто: вместо того, чтобы исходить из иностранного права и ограничивать его применение до определенной степени путем влияния *lex fori*,—применяется *lex fori*, но известное влияние предоставляется *lex loci delicti*.

470. Английская система

Английское право придерживается последней из этих трех систем. После руководящего прецедента Mostyn v. Fabrigas[2] английские суды обладают юрисдикцией на принятие исков из иностранных правонарушений. Если такой иск предъявляется, суд применяет английское право, *lex fori*, а не право того места, где правонарушение было совершено. Но это применение английских норм зависит от двух условий: во-первых, действие должно быть «такого характера, чтобы из него мог возникнуть иск, если бы оно было совершено в Англии», и, во-вторых, «действие не должно быть оправдываемым с точки зрения права того места, где оно было совершено»[3].

Исследуем сначала каждое из этих условий отдельно, а затем изучим их действие.

471. Правонарушение, из которого может возникнуть иск в Англии

I. Два условия. 1) Никакой иск из правонарушения не может быть предъявлен в Англии, если действие, хотя и являющееся правонарушением по закону места его совершения, не могло бы создать права на такой иск, если бы это правонарушение было совершено в Англии.

Примеры: а) По бельгийскому праву ответчик, собственник судна, нес ответственность за плавание с нарушением правил навигации, вызванным небрежностью лоцмана, которого он вынужден был нанять; по английскому праву (каким оно было в 1868 г.) он не был ответственным. Хотя небрежность была допущена в бельгийских водах и, следовательно, создала обязательство по закону места совершения деликта, в Англии нельзя было предъявить никакого иска[4]. б) Ответчик, конструируя и продавая во Франции машины, нарушил право на патент, приобретенное истцом во Франции. Если бы иск был предъявлен в Англии, он был бы отклонен, потому что если бы такое нарушение французского

---

[1] Ст. 12 Вводного закона.

[2] (1775) I Cowp. 161.

[3] Так это было сформулировано судьей Миллзом в решении по делу Phillips v. Eyre (1870), L. R. 6. Q. B. I. 28. Это мнение было повторено в решении по делу Machado v. Fontes (1897) 2 Q. B. (C.A.) 231, 233, и лордом Макнаттен в деле Carr. v. Fracis, Times and Co (1902) A. C. 176, 182.

[4] Решение Тайного совета по делу The Halley (1868) L. R. 2 P. C. 193.

патента было совершено в Англии, то не было бы никакого правонарушения в виду строгой территориальности патентов. в) *X*. совершает во Франции убийство, за которое он по французскому праву был бы обязан возместить убытки, между тем как это его действие, хотя и наказуемое в Англии, не могло бы, согласно английскому общему праву, дать основание для возникновения иска из правонарушения[1]. Такой иск в Англии невозможен по общему праву. г) *X*. публикует в Германии клеветническое заявление, касающееся умершего лица; в Германии сын умершего может предъявить к *X*. иск[2]; такое правонарушение английским правом не предусмотрено, следовательно в Англии иск невозможен.

472. *Действие не оправдывается lex loci delicti*

2) Влияние права места совершения правонарушения ограничивается требованием, чтобы действие не могло быть «оправдано» с точки зрения этого права. Термин «оправдываемые действия», однако, не совсем ясен. В решении по делу The Mary Moxham[3] судья Джеймс говорит, что в Англии лицо не несет ответственности за действие, которое «согласно закону иностранного государства является законным или... простительным или... было узаконено последующим актом законодателя». На первый взгляд, это кажется здравым определением названного термина. В действительности, действие «оправдываемо»:

а) если оно законно, т. е. если оно является дозволенным осуществлением какого-либо «права», например, права самозащиты или самопомощи. Если, например, немец в Германии осуществляет право самопомощи в той исключительно широкой форме, в какой оно предоставляется ему по германскому закону[4], и если, осуществляя это право, он силой преодолевает сопротивление другой стороны (например, должника), его действие, будучи законным в Германии, не может в Англии рассматри-

---

[1] Согласно норме, установленной в решении по делу Baker v. Bolton (1808) I Camp. 492 (которая, однако, была почти целиком отменена законодательством).

[2] Германский уголовный кодекс, ст. 189; См. германский верховный суд, Offic. Coll. 91, 357.

[3] (1876) I P. D. 107.

[4] Право на самопомощь в силу § 229 Германского гражданского кодекса возникает, если принудительному исполнению какого-либо права грозит невозможность или существенная помеха, если не будут предприняты немедленные меры к его защите и если помощь публичных властей не может быть во-время получена. В любом таком случае лицу, права которого подвергаются опасности, не только разрешается брать или уничтожать вещи, но оно даже может ограничить свободу лиц, против которых его право действует, и применить силу для того, чтобы воспрепятствовать любому лицу сопротивляться какому-либо действию, которое это лицо обязано разрешить.

ваться как правонарушение, даже если бы, будучи совершено в Англии, оно было правонарушением. Свойство субъективного права состоит в том, что его осуществление является законным. Имеются, однако, случаи, когда по иностранному *lex loci actus* такое осуществление права считается деликтом как включающее в себя злоупотребление правом (abus de droit французского права)[1] или потому, что оно используется только для того, чтобы причинить вред другому лицу (германское право)[2].

При таких положениях правильно будет считать, что действие, причиняющее беспокойство, поскольку оно запрещено законом, выходит за пределы осуществления права.

473. Ответственность за опасные действия и за действия третьих лиц

Норма, в силу которой всякое «законное» действие есть действие «оправдываемое», нуждается в ограничении. Существуют некоторые виды опасных действий, которые являются законными в том смысле, что не противоречат закону; представляя собою дозволенное осуществление прав, они все же благодаря своему опасному характеру, согласно закону места своего совершения, влекут за собой право требования возмещения убытков, если они имеют своим результатом причинение вреда. Все современные правовые системы предусматривают такие случаи абсолютной или ограниченной ответственности, основанной на концепции, согласно которой риск должен лежать на том лице, которое создает опасное положение. Всякий имеет «право» держать собаку, лошадь или корову, даже если он знает, что животное—злое, и все же по многим правовым системам владелец животного становится ответственным за любой ущерб, который оно может причинить другим лицам, если он даже и позаботился о том, чтобы были приняты все возможные меры предосторожности. Эксплоатировать фабрику, рудник или железную дорогу—законно, хотя их собственник знает, что в течение ряда лет какой-нибудь непредвиденный случай может иметь место—по вине служащего или постороннего лица или без такой вины, которую можно было бы установить. Все современные правовые системы, которые возлагают на собственника строгую ответственность, основывают такую ответственность не на вине, не на небрежности, не на «незаконности», а исключительно на опасном характере действия. Такие законные, но опасные действия, влекущие за собой причинение

---

[1] Josserand, De l'abus des droits (1905) и его Cours de droit civil, II, No 428.

[2] Германский гражданский кодекс, § 226; см. швейцарский гражданский кодекс, ст. 2, § 2: «явное злоупотребление правом не защищается законом». О других правовых системах: *Riezler*, RVglHWB., VI. 1 et seq.

ущерба, не являются «оправдываемыми действиями» в смысле исследуемой здесь коллизионной нормы.

Иллюстрация: немец держит в Германии животное, которое, несмотря на все предосторожности, убегает и причиняет вред какому-либо лицу; по германскому праву владелец животного несет ответственность; если бы эти события имели место в Англии, он, возможно, был бы ответственен в силу так называемого scienter rule*. Пострадавшему лицу должно быть разрешено предъявить к нему иск в английском суде (если ответчик находится в Англии).

Такие опасные действия, как создающие (по законам какой-либо данной страны) обязанность возместить причиненные ими убытки, иногда квалифицируются как правонарушения или деликты, в других случаях—как действия, очень сходные с деликтами, т. е. «квазиделикты». Не имеет значения, какое именно из приведенных наименований избрано, ибо квазиделикты во всех отношениях трактуются как деликты, т. е. как незаконные действия.

Все эти соображения относительно ответственности за опасные действия в одинаковой мере применяются в тех случаях, когда, согласно праву места совершения действия, лицо несет ответственность за вредные действия других лиц, например, слуг, агентов, подмастерьев, несовершеннолетних. Наем слуги, тщательно выбранного и контролируемого, является законным действием; если хозяин, тем не менее, несет ответственность за убыток, причиненный слугой, то фактический состав дела—законное действие приглашения служащего и его незаконное действие—должен трактоваться так, как если бы наниматель совершил неоправдываемое действие.

474. Простительные и законные действия

б) Действие, кроме того, считается «оправдываемым», если оно, хотя и противоречит закону, является все же «простительным». Это имеет место в тех случаях, когда нельзя установить никакой небрежности совершившего действие лица или преднамеренного причинения вреда (*mens rea*) и если действие не создает основания для абсолютной ответственности.

в) Наконец, действие ответчика могло быть неоправдываемым в момент его совершения, но стать оправдываемым впоследствии в силу законодательного акта. Такое положение имело место, например, в 1865 г. на Ямайке, где во время революции губернатор Эйре заключил в тюрьму некоего Филиппса. Это было правонарушением с точки зрения ямайского права, так же, как и по английскому праву. Но позднее местными законо-

* Объяснение этого правила см.: Дженкс, Свод английского гражданского права (перевод Л. Лунц), 1941 г., § 801.—*Прим. ред.*

дательными органами был принят Закон об амнистии (Act of Indemnity), по которому действие губернатора стало ретроактивно «оправдываемым». То обстоятельство, что ответчик в качестве губернатора колонии сам принимал участие в проведении этого закона об амнистии, не рассматривалось как препятствие к признанию действительности этого закона или простительности губернаторских действий[1].

Если оба условия—возможность предъявления иска по английскому внутреннему материальному праву и отсутствие оправдания действия по иностранному закону места его совершения—выполнены, английский суд разрешает предъявление иска потерпевшим лицом. Никаких иных условий английским правом не было установлено.

175. *Возможность предъявления иска по lex loci actus— не требуется*

3) В частности, не требуется, чтобы действие, неоправдываемое по закону места его совершения, создавало защищаемую судебным иском обязанность возместить убытки[2]. Было признано достаточным, чтобы действие было наказуемо там, где оно совершено. Это мнение основано на решении апелляционного суда по делу Machado v. Fontes[3].

Ответчик по этому делу опубликовал в Бразилии пасквиль, направленный против истца, и к нему в Англии был предъявлен иск об убытках. Его возражения заключались в том, что по бразильскому праву невозможен иск о возмещении убытков в связи с таким пасквилем, хотя уголовное преследование было возможно. Это возражение было признано неосновательным, так как возможность предъявления иска в Англии не предполагает возможности предъявления иска в Бразилии.

Правда, потерпевший, согласно этой норме английского международного частного права, может добиться в английском суде возмещения убытков, которого он не получил бы в бразильском суде. Но этот результат, как это ни неприятно, вытекает из такого достойного сожаления принципа, что от английского суда в отношении правонарушения требуется применение английского права, а не права места совершения правонарушения[4]. Трудно, однако, объяснить решение Тайного совета по делу McMillan v. Canadian Northern Railway Co[5].

---

[1] Phillips v. Eyre (1869) L. R. 4 Q. B. 225; подтверждено Exch. Chamber, 1870 L. R. 6, Q. B. 28.

[2] Д-р. Чешайр выдвигает противоположное мнение (р. 298—304), которое действительно заслуживает предпочтения, но кажется несовместимым с решением по делу Machado v. Fontes.

[3] (1897) 2 Q. B. 231.

[4] Ниже, § 476.

[5] (1923) A. C. 120.

Служащий ответчика—компании—получил увечье во время своей работы в Онтарио; он предъявил к компании иск об убытках в Саскачеване. По праву Саскачевана (*lex fori*) ответчики не располагали никакими правовыми возражениями. По онтарийскому праву (*lex loci laesionis*—закон места причинения ущерба) они могли представить два возражения: во-первых, «оговорку о совместной службе»*, так как увечье было вызвано небрежностью товарища по работе; во-вторых, онтарийский Закон о компенсации рабочим давал рабочим право на получение от нанимателя «компенсации» по определенной шкале и устанавливал, что все такого рода претензии должны рассматриваться и определяться особым советом. Первое возражение, основывающееся на «оговорке о совместной службе», было, несомненно, действительным, и иск по этому соображению должен был быть отклонен. Но решение Тайного совета основывалось также и на втором возражении, и мы здесь касаемся только этой части решения. Чешайр понимает это (очень краткое) решение в том смысле, что Тайный совет решительно находился под впечатлением того «обстоятельства, что увечье, причиненное рабочему, не могло быть предметом иска согласно праву места совершения правонарушения»[1]. Но при всем уважении к этому выдающемуся автору, этот вывод, повидимому, нельзя признать соответствующим тому, что сказано в решении. Решение подчеркивает другое обстоятельство—именно, что право требования, предоставленное законом, не имеет характера требования из правонарушения и не является требованием об убытках, а влечет за собой только «компенсацию, строго ограниченную по своим размерам». Суд, таким образом, изымает весь вопрос о компенсации рабочего из сферы правонарушения. Этот взгляд мог сложиться под влиянием более раннего решения по делу Walpole v. Canadian Northern Railway[2], по которому обязанность уплаты компенсации, согласно закону Британской Колумбии, действительно являлась следствием договора найма, который в силу закона был дополнен некоторыми обязанностями, предписываемыми законом[3]. Кроме того, казалось бы

* «Оговорка о совместной службе»—правило общего права о том, что наниматель не обязан возместить служащему ущерб, явившийся результатом небрежного поведения другого служащего,—если только наниматель не проявил неосмотрительности в выборе служащих или по небрежности не принял разумные меры предосторожности для обеспечения безопасности служащего.—*Прим. ред.*

[1] *Cheshire*, p. 301.

[2] (1923) A. C. 113.

[3] По делу Walpole v. Canadian Northern Rwy (выше) несчастный случай произошел в Британской Колумбии, между тем как иск (опять-таки) был предъявлен в Саскачеване. Это дело отличается от дела McMillan тем, что, согласно закону Британской Колумбии о компенсации рабо-

неправильным сказать, что закон Онтарио создал «незащищаемую иском обязанность» со стороны нанимателя. В законе только сказано,—как это часто бывает в такого рода законах,—что до тех пор, пока специальный совет не «определил претензии», пострадавший рабочий еще не приобрел права на выплату ему компенсации. Таким образом, иск был отклонен не из-за отсутствия права на него.

476. Последствия деликта, регулируемые lex fori

II. Если указанные выше два условия выполнены, т. е. если действие неоправдываемо по закону места его совершения и дает право на предъявление иска по английскому *lex fori*, английская коллизионная норма предписывает применение английского внутреннего материального права, а не права места совершения деликта. Этот принцип, который совпадает с тем, что Савиньи считал желательным решением вопроса, не был принят нигде на европейском континенте или в Америке[1]. Его недостаток,—как это бывает и по другим вопросам материального права, если они регулируются по *lex fori*,—заключается в том, что пострадавшее лицо, которое по закону места причинения ущерба не имеет никакого права на возмещение убытков, может приобрести такое право, предъявив иск к правонарушителю в Англии. Возможность же предъявления иска в Англии зависит от того, присутствует ли там правонарушитель, т. е. от чисто случайного обстоятельства. Дело Machado v. Fontes[2] показывает, как это уже было объяснено, что право (английское) создает именно такое положение. Если мы даже предположим, что обе стороны, клеветник и оклеветанный, были бразиль-

---

чим, договор найма подчинялся двум условиям: 1) рабочий, пострадавший от несчастного случая, должен иметь право на компенсацию из фонда, предоставляемого нанимателем, но не имеет никакого права требования к самому нанимателю, и 2) рабочий не имеет никакого иного источника возмещения ущерба. Таким образом, в данном случае было очевидно, что наниматель вообще не несет ответственности и что ответственность фонда была основана не на деликте или квазиделикте, а на установленном законом условии договора найма.

[1] В Соединенных Штатах придерживаются теории Холмса об обязательстве: если в месте совершения действия по действующему там праву возникло обязательство, это обязательство «следует за лицом и может быть подвергнуто принудительному исполнению всюду, где бы это лицо ни было обнаружено». Источником такого обязательства является право того места, в котором совершено правонарушение; Lorenzen, 47. L. Q. R., 485. Эта разумная доктрина не является английской доктриной, хотя некоторые видные английские судьи высказывались в этом же смысле. См. Уиллз по делу Phillips v. Eyre, L. R. 6. Q. B. I, 28: гражданская ответственность, возникающая из правонарушения, берет свое начало в праве места совершения правонарушения, и ее характер определяется этим правом. К сожалению, суды не приняли выводов, вытекающих из этого взгляда.

[2] (1897) 2 Q. B. 231. См. выше, § 475.

скими гражданами, имели в Бразилии свое постоянное местопребывание и ни в каком отношении не были связаны с Англией, и если бы было верно (по делу Machado это было установлено как «факт»), что бразильское право объявляет клеветника подлежащим наказанию, но не обязанным возместить убытки, то оклеветанное лицо может взыскать эти убытки, если клеветник посетит Англию. Из этого следует, что, согласно английской коллизионной норме, английское внутреннее материальное право, а не право места совершения (правонарушающего) действия, причинившего ущерб, решает такие вопросы, как, например, вопрос о том, должно ли возмещение за моральный ущерб (dommage moral) предоставляться так же, как и за материальный ущерб, уменьшает ли только неосторожность или полностью уничтожает право требования, следует ли принимать во внимание упущенную выгоду, следует ли отрицать причинную связь между действием и ущербом ввиду их отдаленности, и т. п.[1] Поскольку наносящее вред действие направлено против определенного «права», например, права собственности или авторского права, то вопрос о том, существует ли такое право, регулируется не *lex fori* и не правом места совершения деликта, а правом, регулирующим такое право,—например, правом места нахождения имущества (*lex situs rei*).

Резюмируем: сфера действия права места совершения деликта очень ограничена, она ограничивается установлением одного только обстоятельства: оправдываемо ли действие, причинившее ущерб? На все остальные вопросы отвечает (английский) *lex fori*.

477. *Какое место считается locus delicti? Различные доктрины*

III. Небольшое значение, которое придается месту совершения действия, может объяснить то удивительное обстоятельство, что английские суды никогда не касались одного из наиболее спорных вопросов в коллизионных нормах о правонарушении, который много дискутировался на континенте и в Америке,—именно, вопроса о том, какое место рассматривается как место совершения деликта (*locus delicti commissi*). На этот вопрос были даны три основных ответа: первый—этим местом является то место, в котором действовал ответчик лично или через агента, причем этот последний может при этом действовать добросовестно (*bona fide*) (например, почтальон, доставляю-

[1] Относительно того, является ли вопрос о размере убытков процессуальным вопросом, см. выше, § 226. Вопрос о том, может ли английский суд издать запрещающий приказ, хотя *lex oci actus* этого не разрешает, совершенно бесспорно относится к процессуальным вопросам; следовательно, дело Baschet v. London Illustr. Standard Co. (1909) I Ch. 73, 78, не относится к данному вопросу.

щий клеветническое письмо адресату) или недобросовестно (*mala fide*) (например, служащий, который по приказанию своего нанимателя делает ложные представления, зная, что они ложны). Эта доктрина (теория места действия) выдвигалась, главным образом, германскими авторами[1] и принята швейцарской и скандинавской практикой и преобладающей французской и итальянской доктриной[2]. Вторая доктрина объявляет местом совершения деликта место, в котором «произошло последнее событие, необходимое для того, чтобы считать действующее лицо ответственным», как это удачно сформулировал американский Restatement[3]. Эта «теория места первого результата» была принята правом Соединенных Штатов. Третья доктрина, которой придерживается германский верховный суд[4], позволяет потерпевшему свободно выбирать в качестве места совершения деликта любую страну, в которой имела место любая часть фактического состава, образующего правонарушение (включая как действия, так и их последствия).

Это спорное положение можно иллюстрировать на некоторых примерах:

1) Дело Kansas—Oklahoma[5]. Ферма истца находилась на границе штатов Канзас и Оклахома и была целиком расположена на территории Оклахомы. Паровоз ответчика находился на канзасской стороне, и искры от него подожгли жилой дом на ферме.

Суд (американский) решил, что правонарушение было совершено в Оклахоме. Господствующая французская доктрина места действия объявила бы Канзас местом совершения деликта. Германский верховный суд решил бы, что деликт был совершен в обоих штатах и что истец может ссылаться на любую из двух правовых систем.

2) Ответчик посылает лицу *X*. отравленную пищу из государства *A* в государство *Б*; *X*. потребляет эту пищу в стране *В*, проезжая через нее по железной дороге. Он заболевает в государстве *Г* и умирает, когда поезд прибывает в государство *Д*. Согласно доктрине места действия, *locus delicti* находится в государстве *A*, по германскому праву—в каждом из перечисленных пяти государств (и истцу принадлежит право выбора); по

---

[1] *Bar*. II, 120.

[2] Если правонарушитель действовал в нескольких местах (например, усыпил свою жертву хлороформом в купе вагона в Массачусетсе и выбросил ее в Коннектикуте), решающим, вероятно, является то место, где он закончил свое действие (хотя германский верховный суд считает одинаково решающим каждое место, в котором правонарушитель действовал; *Lewald* p. 262).

[3] § 377.

[4] См. *Lewald*, p. 261.

[5] Otey v. Midland V. R. R. Co. (1921), цитируемое у *Beale*, II, 1287.

американскому праву решающим является место *Г*, так как здесь вред был впервые причинен[1].

3) Следующий пример—наиболее существенный в практике—дает повод для особенно серьезных сомнений: ответчик публикует клеветническое сообщение об истце в газете, экземпляры которой продаются и читаются во всех европейских странах. Первый вопрос, возникающий в данном случае, таков: допустил ли ответчик клевету только однажды или же продажа каждого экземпляра представляет собой новую публикацию, дающую новое основание для иска? Если принимается первый взгляд, то клевета, согласно германскому праву, была допущена в месте издания газеты и в каждой стране, в которой какой-либо экземпляр этой газеты был продан, между тем как американская формула создает некоторые затруднения: «Последнее событие, необходимое для того, чтобы ответчик стал ответственным» (вероятно), заключается в первой продаже экземпляра газеты лицу, которое ее прочтет. Если, с другой стороны, принять доктрину, по которой продажа каждого экземпляра содержит в себе новую публикацию, то «последнее событие» происходит в каждой стране, где продается экземпляр газеты.

478. Английская точка зрения еще на определилась

Какое место считается местом совершения деликта по английскому праву? Не трудно убедиться в том, что скудные решения, относящиеся к этому вопросу, мало чем могут помочь в его разрешении. В принципе, мы полагаем, английские суды охотнее приняли бы теорию места действия, чем любую иную доктрину. Основанием для такого вывода служит то обстоятельство, что единственное, что английский суд хочет узнать, обращаясь к праву места совершения деликта, это — оправдываемо ли поведение ответчика или нет. Только право того места, в котором ответчик действовал,[2] компетентно квалифицировать его поведение. Если он действовал законно в месте совершения действия—он оправдан, и его действие не становится незаконным на том основании что оно имело какие-то последствия в иностранном государстве, в котором это действие было бы незаконным, если бы оно там было совершено. Допустим, что некто *А*. из страны *X* пишет *Б*., пребывающему временно в стране *Y*, письмо, содержащее клеветнические

---

[1] Так, по крайней мере, согласно Restatement, иллюстрация 2 к § 377 (р. 456). Но спрашивается: отравление действительно было выполнено в стране *Г*, но убийство не было совершено до тех пор, пока жертва не прибыла в страну *Д*.

[2] В том случае, когда правонарушение совершено в форме какого-либо упущения, *locus delicti* является тем местом, в котором ответчик обязан был совершить какое-либо действие.

утверждения относительно *B.*; по законам страны *X*, но не по законам страны *Y*, клеветнические утверждения могли бы считаться оправдываемыми при представлении доказательств того, что заявление сделано добросовестно (plea of fair). Действие *A.* должно рассматриваться как оправдываемое.

Часто, однако, право страны, в которой ответчик совершил действие, будет рассматривать в качестве незаконных такие действия, которые имеют последствия в другой стране, по законам которой такие действия являются незаконными. Таким образом, решение вопроса о том, может ли данное действие считаться законным или нет, всегда зависит от права той страны, в которой правонарушитель совершил действие.

Поколеблен ли этот взгляд прецедентами? Имеется несколько решений, занимающихся вопросом о *locus delicti* в связи с юрисдикцией и уголовным правом. По делу Reg. v. Peters[1] подсудимый, не освобожденный от конкурса банкрот, резидент Нью-Кастля, получил кредит у ирландского фермера при покупке у него лошади и при этом скрыл свое положение. Договор был заключен посредством переписки. Подсудимый отправил свое предложение о заключении договора из Нью-Кастля; фермер акцептовал это предложение в Ирландии. Лошадь была отправлена в Нью-Кастль и там была принята. Суд решил, что кредит был получен в Нью-Кастле, и, таким образом, подсудимый мог быть судим в Англии; суд оставил открытым вопрос о том, обладал ли юрисдикцией также ирландский суд. Это решение, по крайнем мере по своим выводам, совместимо с защищаемой здесь доктриной—теорией места действия. Решение по делу Reg v. Ellis[2] отличается от нее: подсудимый приобрел имущество, представив заведомо ложные сведения; эти ложные представления он сделал в Шотландии, но впоследствии получил имущество в Англии. Суд постановил, что место, в котором товары были получены, является решающим, так как ложные представления были обстоятельством, «предшествовавшим получению товаров, а не частью этой операции»; таким образом, это решение, повидимому, основывалось на взгляде, господствующем в Соединенных Штатах. По старому делу R. v. Sir F. Burdett[3] было постановлено, что лицо, пишущее клеветническое заявление в одной стране с намерением опубликовать его в другой стране и там его действительно опубликовавшее, допускает правонарушение в обеих странах, и ему может быть предъявлено обвинение в каждой из них. Решение по делу Kroch v. Rosell[4] касалось

[1] (1886) 16 Q. B. D., 636, 639.
[2] (1899) I Q. B. 230, 233, 236, 237.
[3] (1820) 3 B. and Ald. 717; 4 ibid. 95, 170.
[4] (1937) I A. E. R., 725.

только вопроса о том, может ли английскому суду[1] быть присвоена юрисдикция по иску о клевете против издателей бельгийской и французской газеты, небольшое количество экземпляров которой было привезено в Англию и там распространено. Суд отказался использовать свое дискреционное право на присвоение себе юрисдикции, но, кажется, не было никаких сомнений в том, что «опубликование клеветнического утверждения в газете имеет место каждый раз, когда продается экземпляр этой газеты»[2].

Мы полагаем, что эти решения, если отвлечься от того факта, что они не основаны на какой-либо прямо выраженной доктрине и носят несколько эмпирический характер, по своей природе не могут служить основанием для определения того права, которое в случае предъявления иска из правонарушения решает вопрос о том, является ли действие ответчика оправдываемым или нет. Юрисдикция и уголовное право имеют слишком мало общего с обсуждаемой здесь проблемой; применение по аналогии должно основываться на внутреннем сходстве.

479. Правонарушения в открытом море

IV. Что касается правонарушений, совершенных в открытом море, т. е. за пределами территориальных вод, то необходимо проводить между ними некоторое различие:

1) Действия, совершенные на борту судна, английским судом трактуются как правонарушения, если они создают право на иск в Англии и если они не оправдываемы согласно праву флага. Это право флага заменяет собой право страны, в которой действие совершено.

2) Не разрешен вопрос о том, какое право регулирует действия, совершенные вне одного определенного судна и оспариваемые командами двух судов, например, действия по захвату кита или спасению судна при крушении, или такие, которые воздействуют на лиц или имущество, не находящиеся на борту, например, при повреждении морского кабеля. Преобладающее мнение, повидимому, склоняется к тому, что в этих случаях применяется та же норма, что и в случае, приведенном в п. 1[3]. Но когда суда, которых спор касается, плавают под разными флагами, то возникает затруднение: считается ли действие «оправдываемым», если это предусмотрено правом одного судна, или считается таковым только в том случае, если предусматривается правовыми системами обоих судов? Основное возражение против того, что в таких случаях следует прибегать к помощи *lex loci actus*, заключается, как это убедительно показал

[1] R. S. C., XI, r. I (ee).
[2] См. доводы *G. O. Slade*, p. 726.
[3] См. *Dicey*, p. 778.

д-р Чешайр[1], в том, что ни один иностранный суверен не обладает исключительной юрисдикцией в открытом море[2] и что при этих условиях отсутствует основание для того, чтобы принимать во внимание право места совершения действия. Нам кажется более предпочтительным взгляд Чешайра, согласно которому следует применять «общее морское право», так, как оно применяется английскими судами[3].

3) Самыми существенными примерами правонарушений, совершенных в открытом море, являются случаи столкновения между двумя судами. Материальное право, подлежащее применению в таких случаях, было почти полностью установлено Международной конвенцией об унификации норм, относящихся к столкновениям между судами[4], к которой присоединились все европейские и много неевропейских морских государств. Поэтому в этой области вопросы международного частного права возникают редко. Но если они и возникают, например, если одно из столкнувшихся судов плавает под флагом государства, не присоединившегося к этой конвенции[5], то вопрос о том, оправдываемо ли действие, приведшее к столкновению в открытом море, по приведенным выше (в п. 2) соображениям должен разрешаться по *lex fori*, т. е. по английскому праву.

БИБЛИОГРАФИЯ

Lorenzen, 47 L. Q. R. (1931) 483. *A. H. Robertson*, 4 Modern L. R. (1940) 27. *O'Riordan*, ibid., 214. *M. Hancock*, Torts in the Conflict of Laws. *Ann Arbor*, 1942 (недоступная автору этой книги); См. 55 Harv. L. R. (1942) 1410. *Lorenzen*, 44 Columb. L. R. 454. *Hancock*, 3 University of Toronto L. J. (1940) 400.

Квазидоговорные обязательства

480. Понятие квазидоговора

Понятие квазидоговора было выдвинуто римскими юристами для того, чтобы охватить ряд обязательств, основанных не на договоре и не на деликте, но имеющих, как полагали, некоторое сходство с определенными видами договоров: обязательства, возникающие из *negotiorum gestio* (ведения чужих дел без поручения) или из опеки, рассматривались как родственные тем обязательствам, которые возникают из договора

[1] P. 309.

[2] Chartered Mercantile Bank of India v. Netherlands India Steam Navigation Co. (1883) 10 Q. B. D. 521, 536 (per Brett, L. J.)

[3] См. Lloyd v. Guibert (1865) L. R. 1. Q. B. 115, 125.

[4] Заключенная в Брюсселе 23 сентября 1910 г. Превращение этой конвенции в английское внутреннее материальное право было осуществлено изданием Maritime Conventions Act, 1911 (1 and 2 Geo. Y, C. 57).

[5] См. ст. 12 этой конвенции.

поручения; *communio incidens* (общность имущества) рассматривалась аналогично договору товарищества, а иски из неосновательного обогащения предполагались сходными с исками, основанными на займе[1]. Английские юристы приняли эту квалификацию в отношении некоторых юридических обязательств, известных английскому праву, и бесполезную римскую концепцию еще ухудшили тем, что отождествили «квазидоговоры» с «подразумеваемыми договорами».

481. Применимое право не определено. Предложения

В отношении подлежащего применению права для рассматриваемых случаев не может быть установлена какая-либо норма, и ни в одной стране суды не имели достаточно поводов для разработки принципов, которые могли бы регулировать выбор права, подлежащего применению. Не без больших колебаний мы выдвигаем следующие предложения:

1) Иногда квази-договорное обязательство возникает в связи с переходом права собственности или других прав. Например, требования, основанные на неосновательном обогащении, обычно являются техническими средствами, принятыми для ограничения влияния действия, вызывающего такое обогащение. Некоторые иллюстрации:

а) В целях охраны торгового оборота многие правовые системы, регулируя сделки продажи и переход права собственности, предусматривают, что право собственности переходит к покупателю посредством соглашения, независимо от того, будет ли лежащий в основе продажи договор действителен или нет, и что недействительность договора, отсутствие *causa* (правооснования), может только создать право требования об обратной передаче права собственности. Нам кажется целесообразным, чтобы в таких случаях требование об обратной передаче права собственности регулировалось тем законодательством, по которому ответчик приобрел свое право собственности.

б) По римскому праву и по всем европейским континентальным системам, равно как и по южноафриканскому праву, даритель имеет право отозвать свой дар вследствие «серьезной неблагодарности» со стороны лица, получившего дар, или по иным определенным мотивам. Это право и требование (иск) дарителя о возврате ему дара, еще находящегося во владении лица, его получившего, должно быть подчинено той же правовой системе, которой подчинено самое дарение.

в) Согласно одной странной германской норме, лицо,

[1] Об истории понятия квазидоговора от Гая до современных континентальных систем см. поучительное исследование *H. Vizioz*, La notion du quasi-contrat, Bordeaux, 1912, и *Vizioz*, L'école du droit naturel et le quasi-contrat в Rev. critique de législation et de jurisprudence, 1913.

нашедшее потерянное имущество, становится его собственником, если в течение одного года после находки не было сделано никакого уведомления о потере ни ему, ни местной полиции; но в течение дальнейшего периода в три года бывший собственник может предъявить иск о неосновательном обогащении против лица, нашедшего его имущество[1]. Требование, основанное на таком обогащении, должно регулироваться правом, по которому лицо, нашедшее имущество, приобрело на него право собственности, т. е. правом места нахождения имущества.

2) Обязательства, существующие между сособственниками материальной или нематериальной вещи, регулируются, если общее право собственности возникло из договора (например, товарищества), свойственным этому договору правом. Если не было никакого договора (когда, например, общая собственность возникает из смешения вещей, принадлежащих различным лицам)[2], отношения между собственниками должны определяться правом той страны, в которой смешение имело место, т. е. той страны, в которой вещи находились в момент их смешения.

3) Если какое-либо лицо производит работу или затрачивает денежные средства для того, чтобы сохранить собственность другого лица[3], то оно, согласно английскому внутреннему материальному праву, как правило, не имеет права на возмещение своих расходов. Континентальные правовые системы, как и римское право, разрешают требование такого возмещения. Какое право решает этот вопрос? На континенте этот вопрос еще вызывает споры. По мнению некоторых авторов, решающим является право того места, где *dominus negotii* (собственник) имеет свое обычное место постоянного пребывания[4]. Пийе полагает, что следует применять либо право местонахождения собственности, либо национальное право *dominus*'а (собственника)[5]. Едва ли возможно охватить все случаи *negotiorum gestio* в одном ответе. Если между лицом, ведущим чужое дело (*gestor*), и собственником существуют какие-либо договорные отношения, например, если *gestor* является агентом *dominus'а* и произведенная им работа или затрата средств в интересах принципала (доверителя) не входит в сферу его договорных обязанностей и прав, то будет разумно рассматривать свойственное их договору право в качестве той правовой системы, с которой *negotiorum gestio* имеет наиболее реальную связь. При отсут-

---

[1] Германский гражданский кодекс, §§ 973, 977.

[2] Пример: ст. 573 французского гражданского кодекса: «смешение нескольких материалов, принадлежащих различным собственникам».

[3] Negotiorum gestio, gestion d'affaires, Geschäftsführung ohne Auftrag.

[4] *Windscheid*, Pandekten, I § 35 N 3; *Zitelmann*, II. 513.

[5] *Pillet*, Traité prat. II. pp. 310, 311 (трудно понять, почему должно иметь существенное значение национальное право одной из сторон).

ствии такого договора, способного представлять собой связующий фактор; казалось бы правильным передать решение проблемы праву той страны, в которой *gestor* действовал и в которой, следовательно, требование возникло (если оно вообще возникло). Это же право даст ответ на вопрос о том, приобретает ли, наоборот, принципал право требования в отношении своего *gestor*'а. *Gestor* может, например, нести ответственность за небрежность в таком же порядке, как если бы он действовал по поручению, основанному на договоре. Это положение при определенных обстоятельствах приводит к коллизии между английским *lex fori* и иностранным правом места действия *gestor*'а. Если, согласно английскому праву, действие *gestor*'а по своему характеру является правонарушением, английские суды применят английские нормы о правонарушениях, так как они принимают во внимание иностранное право только с целью установить, было ли действие «оправдываемым» или «неоправдываемым»; и это действие будет «неоправдываемым», поскольку оно нарушает квазидоговорную обязанность, хотя оно и не является правонарушением. Если, однако, по английскому праву действие не достигает степени правонарушения и по иностранному праву создает квазидоговорную обязанность возмещения убытка, причиненного *gestor*'у, английский суд применит иностранную норму о квазидоговоре. Это положение было признано, хотя и не в связи со случаем *negotiorum gestio* (в строгом смысле этого термина), в деле Batthyani v. Watford[1]. По этому делу владелец фидеикомисса (заповедного имущества), находившегося в Австрии, был обязан передать своему правопреемнику имущество в таком же хорошем состоянии, в каком оно находилось, когда он его получил. Он, с одной стороны, нес ответственность за износ имущества, а с другой — имел право на компенсацию за произведенные улучшения. Английский апелляционный суд постановил, что следует применить австрийское право о фидеикомиссе и что, согласно этому праву, требование правопреемника не «носило характера права на возмещение убытков, причиненных невыполнением обязательств, а было требованием из обязательства содержать имущество в определенном хорошем состоянии»; это есть требование из подразумеваемого договора, как назвал его судья Коттон.

БИБЛИОГРАФИЯ

Gutteridge and Lipstein, 7 Cambridge L. J. (1941) 80.

[1] (1887) 36 Ch. D. 269, 278. Получилось решение, которое является разумным, хотя и невольным вкладом в правильную доктрину квалификации: апелляционный суд квалифицировал иностранную правовую норму в соответствии со взглядами иностранной правовой системы.

Часть VI

КОЛЛИЗИОННЫЕ ВОПРОСЫ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ

РАЗЛИЧИЕ МЕЖДУ ДВИЖИМЫМ И НЕДВИЖИМЫМ ИМУЩЕСТВОМ

482. Значение этого различия

1. Если сказать о материальном предмете, что он является движимым или недвижимым, то это может означать лишь то, что данный предмет может или не может быть перемещен из одного места в другое. Это естественное, неюридическое, различие всюду является отправной точкой для правового различия, но не больше чем отправной точкой. Правовая техника, применяемая к движению вещей в экономическом обороте, может в некоторых случаях вызвать необходимость рассматривать в качестве недвижимого имущества предметы, которые фактически являются движимыми. Таковы, например, принадлежности дома, или рыба в пруду, или дикие животные в лесу[1]. Наоборот, предметы, которые нельзя переместить, не разобрав их, например, временные строения типа выставочных зал, в некоторых правовых системах рассматриваются как движимое имущество[2]. Многие правовые системы распространяют различие между движимостью и недвижимостью даже на нематериальные вещи, например, на обязательства, акции, торговые и промышленные предприятия, ипотеки, обязательства по ренте и другие права требования. В этих случаях совершенно исчезает первоначальное значение слов: движимость и недвижимость.

Различие между движимым и недвижимым имуществом имеет существенное значение в различных областях права.

По большинству правовых систем передача права собственности на движимое имущество или создание залогового права на это имущество в значительной мере отличается от аналогичных сделок с недвижимостью. Период приобретательной давности в отношении движимого и недвижимого имущества не одинаков. Неотчуждаемость имущества, полученного в каче-

---

[1] Так в австрийском праве (гражданский кодекс 1811 г., ст.ст. 295—297).

[2] Они являются движимостью по германскому праву (гражданский кодекс, ст. 95; германский верховный суд, Offic. Coll., 55, 284; 59, 21; 97; 106, и др.).

стве приданого (*fundus dotalis* римского права), некоторыми современными правовыми системами была распространена на всю недвижимую часть приданого, но не на движимую его часть[1]. Французский закон дает продавцу недвижимости, но не движимости, право аннулировать договор, если цена составляла меньше пяти двенадцатых цены имущества[2]. Во Франции и в любой другой стране существуют системы «супружеского имущества», по которым в общее имущество супругов включается только движимое, но не недвижимое, имущество, которое принадлежало любому из супругов ко времени заключения брака, или недвижимость, перешедшая к одному из супругов по наследству[3].

Различие между движимым и недвижимым имуществом имеет особенно важное значение в международном частном праве. В Англии, Соединенных Штатах Америки, Франции, Бельгии, Румынии, Австрии, Венгрии правопреемство вследствие смерти в отношении движимого имущества регулируется личным законом умершего, между тем как в отношении недвижимости решающим является *lex situs*. См. § 483.

К сожалению, не везде проводится одинаковое различие между движимым и недвижимым имуществом. По французскому и германскому праву[4] закладные на недвижимость рассматриваются как движимое имущество, а по английскому— как недвижимое. Движимое имущество, служащее для использования и эксплоатации земельного участка, является «недвижимостью по назначению» во Франции, тогда как германское право рассматривает его в некоторых отношениях как движимость и как недвижимость—в других отношениях[5].

483. «Решающее» право. Различные ответы

II. Какое право определяет, является ли данная вещь движимостью или недвижимостью? В большинстве стран основные учебники и руководящие решения судов объявляют решающим право местонахождения имущества, а в отношении

---

[1] Например, французский гражданский кодекс, ст. 1554.

[2] Там же, ст. 1674.

[3] Там же, ст. 1404.

[4] См. французский гражданский кодекс, ст. 526 (в которой как нематериальное недвижимое имущество упоминается только узуфрукт в недвижимости, сервитуты и иски о возврате недвижимости). Германский гражданский кодекс, § 1551, разд 2.

[5] Французский гражданский кодекс, ст. 524. В германском праве Zubehör (принадлежность) земли (и домов) вообще трактуется как движимое имущество, но это имущество переходит к покупателю земли и подпадает под узуфрукт и залог, как если бы оно составляло часть земли. Германский гражданский кодекс, §§ 926, 1031, 1062, 1093, 1120; также §§ 1096, 314, 1551; гражданский процессуальный кодекс, § 865.

нематериальных предметов, не имеющих реального местонахождения, ответ должен быть дан правом того места, которое представляет близкую аналогию с местонахождением материальных вещей[1]. Такой взгляд не легко принять без определенных оговорок. Многие коллизионные нормы, относящиеся к наследованию, супружескому имуществу или к правам опекунов в отношении имущества их подопечных, сами проводят различие между движимым и недвижимым имуществом: в отношении движимого имущества они применяют соответственно либо личный закон[2] умершего, либо мужа, либо подопечного, между тем как права в отношении недвижимого имущества регулируются правом местонахождения имущества[3]. Во всех таких случаях коллизионные нормы либо сами разъясняют различие, устанавливая, какие предметы следует рассматривать как движимость и какие—как недвижимость, либо они воздерживаются от ответа на этот вопрос и предоставляют давать ответы другим правовым системам, в особенности праву местонахождения имущества (*lex situs rei*).

Примеры первого метода встречаются в австрийском праве. Германский верховный суд[4] должен был разрешить спор о наследовании промышленного предприятия, расположенного в Германии, но составлявшего часть наследственного имущества умершего чехословацкого гражданина. Если рассматривать промышленное предприятие как движимое имущество, то наследование должно регулироваться чехословацким правом, т. е. австрийским гражданским кодексом 1911 г., если же его рассматривать как недвижимое имущество, то, согласно чехословацкой коллизионной норме[5], наследование должно регулироваться правом местонахождения имущества, т. е. германским законом о наследовании. Германский верховный суд признал, что чехословацкая коллизионная норма является решающей, что, согласно этой норме, промышленное предприятие рассматривается как движимое имущество и что несущественно, будет ли оно рассматриваться как недвижимость по германскому *lex situs*. Нет никаких сомнений[6], что это решение правильно, и мы полагаем, что если бы английский суд был вынужден применить чехословацкую коллизионную норму в результате renvoi (обратной отсылки), он пришел бы к такому же решению.

---

[1] См. ниже, § 515.

[2] Это—либо закон домицилия, либо закон гражданства данного лица.

[3] Так, например, коллизионные нормы Англии, Соединенных Штатов, Франции, Австрии, Венгрии и многих других стран.

[4] Offic. Coll., 145, 85.

[5] Чехословацкая коллизионная норма применялась посредством renvoi.

[6] См. *Lewald*, p. 175.

Второй метод, однако, более употребителен. Большинство коллизионных норм предоставляет праву местонахождения имущества решать, является ли данный предмет движимым имуществом или нет. Этот метод в особенности выдвигается французскими авторами и в большинстве случаев принят французскими судами. Преобладающая германская доктрина приводит к тем же результатам.

484. Английская норма

В английском праве даже не возникает сомнений в правильности этого решения: характер вещи как движимости или недвижимости определяется по праву местонахождения имущества. Необходимо, однако, иметь в виду, что если право местонахождения имущества, например, французское право, решает, что вещь, относительно которой ведется спор, является движимостью, то это не означает, что самый предмет спора должен регулироваться французским внутренним материальным правом или что французское международное частное право должно определить, какое право подлежит применению. Помощь, оказанная французским правом, ограничивается одной незначительной частью проблемы: после того как оно разъяснило английскому суду, что данная вещь, находящаяся во Франции, рассматривается французским правом как движимое имущество, оно самоустраняется, и английский суд применит английскую коллизионную норму, относящуюся к движимости.

Пример: домицилированный англичанин, обычно постоянно пребывающий во Франции и умерший, не оставив завещания, владел закладной (ипотекой) на участок земли во Франции; по французскому праву его «наследником» будет *X.*, тогда как по английскому праву его ближайшим родственником будет *Y*. По английскому праву закладная рассматривается как недвижимое имущество[1], по французскому праву—как движимое. Английский закон применяет *lex domicilii* к движимому имуществу и *lex situs* к недвижимому. В таком случае французское право является решающим в вопросе о признании закладной движимостью. Английский суд принимает это решение и применяет свою коллизионную норму о наследовании движимого имущества: так как применяется английское право домицилия в английском понимании этого термина, то решение будет вынесено в пользу *Y*.

485. Где находится *situs*?

III. Ответ на вопрос о том, где следует искать местонахождение данной вещи, дается исключительно английской

---

[1] In re Hoyles, loc. cit. Jerningham v. Herbert (1829). 4 Russ. 388.

коллизионной нормой. Этот вопрос особенно спорен, когда он касается обязательств, акций и других нематериальных вещей. Так, например, переходящие по наследству долговые обязательства, т. е. обязательства на определенную денежную сумму, обеспеченную передачей участков шотландской земли, по английскому праву рассматриваются как находящиеся в Шотландии, даже если сами обязательства депонированы в английском банке. Шотландское право рассматривает обязательства как недвижимость, и английские суды принимают эту точку зрения как вытекающую из принципа применения права местонахождения имущества[1]. Когда в Антигуа существовало рабство, то право этой страны решало, должны ли рабы, живущие там, рассматриваться как недвижимость,—и они так и рассматривались[2].

486. Реальное и персональное имущество

IV. Английское различие между движимым и недвижимым имуществом не идентично с различием между реальным и персональным имуществом. Оба ряда этих понятий частично совпадают, особенно в двух отношениях.

1) Все права на землю и интересы в ней считаются недвижимым имуществом, независимо от того, являются ли они правами, основанными на общем праве или на праве справедливости[3]. Право аренды, в частности, является недвижимым имуществом, хотя в области английского внутреннего материального гражданского права оно трактуется не как реальное, а как персональное имущество[4].

2) Доктрина «обратимости» (conversion) английского права справедливости не имеет отношения к различию между движимым и недвижимым имуществом. Согласно этой доктрине, реальное имущество, которое подлежит продаже и обращению в деньги, становится персональным имуществом по смерти завещателя еще до того, как это имущество будет продано; однако оно не рассматривается как движимое имущество[5]. И наоборот: деньги, которые по указанию завещателя должны быть вложены в покупку земли, становятся реальным имуществом раньше,

---

[1] In re Fitzgerald (1904) I. Ch. (C. A.) 573. Johnstone v. Baker, loc. cit. Jerningham v. Herbert, loc. cit.

[2] Ex parte Rucker (1834) 3 Dea. and Ch. 704 См. также в отношении негров в Луизиане: McCollum v. Smith (1838) в Beale's Cases II, p. 8.

[3] Об арендной плате: Chalfield v. Berchtoldt (1872) L. R. 7 Ch. A. C. 192. О закладных см. выше, § 482, прим. 4.

[4] Freke v. Lord Carbery (1873) L. R. 16 Eq. 461, 466. Duncan v. Lawson (1889) 41 Ch. D. 394. In re Berchtoldt (1923) I. Ch. 192, 199. Pepin v. Bruyère (1902) I Ch. (C. A.) 24.

[5] In re Berchtoldt, loc. cit. Ср. ирландское дело Murray v. Champernowne (1901) 2 Ir. Rep. 232, 236, 237.

чем они будут использованы для этой цели, но останутся движимым имуществом. По обстоятельствам «дела Берчтолда»[1] домицилированный венгр, умирает, не оставив завещания. Он имеет право на поместье, расположенное в Англии, но переданное доверительному собственнику для продажи. Поместье, которое не было продано, рассматривается как недвижимое имущество, хотя и является персональным имуществом. Наследование этого имущества, следовательно, регулируется не венгерским правом домицилия умершего, а английскими нормами в отношении персонального имущества и его распределения.

Различие между движимым и недвижимым имуществом имеет значение только в английском международном частном праве, но не в английском внутреннем материальном праве[2]. Наоборот, различие между реальным и персональным имуществом относится исключительно к английскому внутреннему материальному праву. Из этого положения, однако, допускается одно исключение. По Закону о завещаниях (Lord Kingsdown's Act) 1861 г., завещание, составленное британским подданным в форме, предписанной правом места его совершения, хотя и не по форме права домицилия, действительно лишь постольку, поскольку оно регулирует наследование персонального имущества[3].

ПРАВО, ПОДЛЕЖАЩЕЕ ПРИМЕНЕНИЮ К «ВЕЩНЫМ ПРАВАМ» (IURA IN REM)

ПРИНЦИПЫ

487. Права на недвижимое имущество

I. Право собственности на недвижимость или другие формы участия (субъективные права) в недвижимости подчиняются праву местонахождения этой недвижимости. Этот принцип, разработанный в итальянской доктрине в средние века, стал правом, общим для всех европейских государств. Он получил непосредственное выражение в некоторых современных кодификациях, например, в австрийском гражданском кодексе, в итальянском кодексе и в польском Законе о международном частном праве. Французский гражданский кодекс упоминает о применении этого принципа только в отношении недвижимости,

---

[1] (1923) I Ch. 192, 199.
[2] In re Hoyles (1911) I Ch. (C. A.) 179, 185.
[3] См. ниже, § 560 и след., и In re Lyne's Settlements Trusts (1919) I Ch. 80; In re Cartwright (1939) Ch. (C. A.) 90, 100, 108.

расположенной во Франции[1]. Такую же формулировку приняли и многие другие европейские и американские кодексы, сложившиеся под влиянием французского кодекса. Но несомненно, что, несмотря на то, что об этом принципе упоминается только в связи с определенным недвижимым имуществом, он действует безоговорочно. Основание для применения *lex situs* вытекает из самой природы недвижимого имущества—из его неподвижности. Недвижимое имущество составляет часть страны и так навечно и тесно с ней связано, что именно в этой стране находится естественный центр тяжести всех прав на это имущество. *Jura in rem* представляют собой права, действительные в отношении всех и каждого, права, которые должны всеми уважаться. Если бы право собственности на землю определялось личным законом действительного владельца, то законодательство, регулирующее право на земельный участок, изменялось бы с каждой переменой собственника. Элементы права собственности, например, в отношениях между соседями, изменялись бы при каждом отчуждении недвижимого имущества иностранцу или при перемене домицилия собственника. Само собой разумеется, что это привело бы к путанице.

Lex situs является решающим при решении всех вопросов, относящихся к правам на недвижимость (*in rem immobilem*). См. об этом ниже, § 497 и след.

488. Движимое имущество по старой норме: mobilia personam sequuntur (движимость следует за лицом).

II. Значительно больше сомнений вызывает вопрос о том, какой закон регулирует право собственности (или другие права *in rem*) на материальные движимые вещи. Итальянские средневековые статутарии и их последователи во Франции, Голландии, Англии, Шотландии и Германии разработали норму, по которой такие права подчиняются закону домицилия собственника или владельца: *mobilia personam sequuntur* или *mobilia ossibus inhaerent*[2] (собственность следует за лицом). Соответствующее английское изречение гласит: «personalty (т. е. персональное имущество) не имеет своего лица». Это правило было воспринято многими современными кодификациями, например, прусским общим кодексом 1794 г., австрийским гражданским кодексом 1811 г., балтийским кодексом 1864 г., старым итальян-

---

[1] Гражданский кодекс, ст. 3.

[2] Германская доктрина, однако, еще в XVI веке разработала норму, по которой закон места нахождения имущества является решающим в одинаковой мере как для движимости, так и для недвижимости; так, например, Everardus (d. 1532) Andreas Gail (d 1587), Joachim Mynsinger (d. 1588). См. об этом *Waechter*, Archiv f. d. civilist. Praxis. 24, 274.

ским гражданским кодексом 1865 г.[1], испанским гражданским кодексом 1888 г. и гражданским кодексом Нижней Канады.

Однако теория XIX века, главным представителем которой был Савиньи, отбросила старую статутарную норму или, по крайней мере, ограничила сферу ее применения случаями правопреемства вследствие смерти в отношении движимости и режима супружеского имущества, между тем как в отношении создания и передачи реальных прав на обособленные предметы применялся принцип местонахождения имущества. Тексты прусского, австрийского и итальянского кодексов были истолкованы судами и учеными как ограничение применения в отношении движимого имущества, передаваемого или заложенного как часть всего имущества лица (patrimoine, Vermögen)[2].

489. Прекратила ли старая норма свое действие в Англии?

Английское и американское право сохраняли старую норму статутариев дольше, чем другие правовые системы. Этим английское право, вероятно, в первую очередь, обязано Стори, чья известная «общая норма», вновь и вновь воспроизводимая, гласит: «Передача персонального имущества, действительная по закону домицилия собственника, действительна, где бы это имущество ни находилось»[3]. Тем не менее, американское право больше не придерживается этой доктрины; вместо этого оно восприняло современную континентальную точку зрения, по которой права на движимое имущество регулируются *lex situs*[4].

В Англии развитие шло медленнее. В защиту применения lex domicilii можно было бы сослаться—и на них часто ссылались[5]—на старые решения, подобные решению по делу Bruce v. Bruce (1790)[6], Sill v. Worswick (1791)[7], Phillips v. Hunter (1795)[8], Somerville v. Somerville (1801)[9] и очень определенное решение по делу Ewin (1830)[10]. Даже в недавнее время (1895 г.)

---

[1] Новый итальянский кодекс (1938 г., ст. 12 Dispos. Prelim.) упразднил эту норму и заменил личный закон законом места нахождения имущества.

[2] См. выше, стр. 51, прим. 2.

[3] *Story*, § 384.

[4] Американский Restatement, s. 255 et seq.

[5] См. Liverpool Marine Credit Co. v. Hunter (1868) L. R. 3 Ch. App. 479, 483, Dulaney v. Merry and Son (1901) I Q. B. 536, 541.

[6] 2 B. and P., 229.

[7] 1 *H. Blackst.* 665.

[8] 2 *H. Blackst.* 402, 406.

[9] 5 Ves. Jun. ,p. 749a.

[10] 1 Cr. and J., 151, 156: «персональное имущество следует за лицом, и оно ни в каком отношении не должно регулироваться правом места нахождения имущества; и если в некоторых случаях право места

эта норма была применена в деле о переуступке права на отдельные предметы, когда спор шел о правовом титуле на имущество, находившееся в Шотландии, и обе стороны были домицилированными англичанами. Это шотландское дело North Western Bank v. Poynter[1] не имеет, однако, большого значения, так как шотландское и английское право совпадали в решающем пункте, и поэтому замечания, сделанные в палате лордов относительно применения права домицилия, были только попутными высказываниями (*obiter dicta*)[2]. Кроме этого дела, принцип *lex domicilii* в последнее время был применен только в нескольких случаях:

1) Когда предмет, о котором идет речь, не имел реального местонахождения, например, корабль в открытом море[3].

2) В случае общей (универсальной) переуступки права на все движимое имущество, например, в случае правопреемства вследствие смерти[4] и переуступки в интересах кредиторов должника права на все имущество должника доверительному собственнику этого имущества[5].

3) Право домицилия, вероятно, применимо в отношении правоспособности распоряжаться движимым имуществом. См. ниже, § 499.

В результате, английское право, отвергая принцип домицилия при отчуждении или залоге отдельных предметов или при каком-либо ином распоряжении ими, практически сходно с современным континентальным правом.

490. *Возражения против принципа домицилия*

В самом деле, мало можно сказать в пользу принципа домицилия. Как и в отношении недвижимости, и здесь права (*in rem*) действительны против любого лица, вступившего в какие-либо отношения с предметом, о котором идет речь. Однако домицилий собственника не только может в любой день измениться, но часто он неизвестен покупателям и кредиторам, которые не в состоянии его установить. Больше того, если такие

нахождения имущества было принято в качестве нормы, регулирующей собственность, и если обратились к *lex loci rei sitae*, то это было сделано неправильно» (Бэйли).

[1] (1895) A. C. 56.

[2] См. *Lord Herschell*, L. C., p. 66, *Lord Watson* p. 75, 76.

[3] См. Liverpool Marine Credit Co v. Hunter, выше.

[4] Provincial Treasurer of Alberta v. Kerr (1933) A. C. 710, 721.

[5] Dulaney v. Merry and Son (1910) I Q. B. 536, 541. Общая норма, на которой судья Ченнел основывает свое решение, не может, однако, считаться неопровержимой. Судья говорит, что «передача имущества по закону домицилия собственника и совершенная в этом домицилии» действительна, даже если «она не соответствует праву той страны, где находится имущество».

покупатели или кредиторы осведомлены, что собственник имеет иностранный домицилий, нельзя ожидать, что они станут копаться в сложностях иностранного права. Таким образом, оказывается, что принцип домицилия может препятствовать торговым сношениям, в особенности если иметь в виду, что по английскому праву домицилий лица часто отличается от его места обычного постоянного пребывания[1].

Основная идея, на которой базируется принцип домицилия: движимость следует за личностью собственника, была бы правильной, если бы формула *«omnia sua secum portans»* (все свое ношу с собой) выражала обычное положение человека, чего на самом деле она не делает[2]. Правда, домицилий собственника может служить хорошей коллизионной привязкой в отношении предметов, которые собственник обычно возит с собой или которые служат его личным потребностям[3]. Искусственно перефразируя древнюю формулу, можно действительно сказать, что такое движимое имущество «привязано к лицу» (*mobilia ossibus inhaerent*); но в отношении такого имущества не возникает вопроса о коллизионных нормах. В старом деле Phillips v. Hunter[4] суд мотивировал применение нормы: «движимое имущество следует за лицом» (*mobilia personam sequuntur*) соображениями национальной экономики. «В стране, большая часть торгового капитала которой помещена за границей, особенно важно, чтобы тот капитал, которым торговец в праве распоряжаться, рассматривался как относящийся к домицилию собственника, хотя этот капитал и находится за границей». Это, быть может, было верно в 1795 г. в отношении колониальной торговли или торговли в нецивилизованных странах. Но когда

---

[1] *Wharton*, §. 308 и *Cheshire* 419, 430, выдвигают дальнейшие возражения против принципа домицилия: они настаивают на том, что невозможно руководствоваться lex domicilii в тех случаях, когда право на имущество оспаривается двумя претендентами с различными домицилиями. Но определять iura in rem домицилием собственника означает, что если лицо *А.*, собственник предмета, хочет передать права собственности или заложить предмет лицу *Б.*, то это должно быть сделано в соответствии с нормами, установленными правом домицилия лица *А.* Это не означает, что вопрос о том, я в л я е т с я ли *А.* собственником, разрешается правом домицилия *А.* Стал ли *А.* собственником предмета, купив его у *X.*,— этот вопрос решается правом домицилия *X.*; потерял ли *А.* право собственности—этот вопрос решается правом домицилия *А.*

[2] Кодекс Бустаманте, ст. 106, устанавливает презумпцию, что вещь «нормально или обычно» расположена в месте постоянного пребывания своего собственника, а если нет собственника, то в резиденции владельца. Едва ли имеются какие-либо основания для такой презумпции.

[3] Аргентинский и бразильский кодексы правильно признают это положение, они объявляют домицилиарное право решающим в этих двух случаях.

[4] (1795) 2 *H. Blackst.*, 402, 406.

речь идет о британской торговле на европейском континенте, то подчинение *iura in rem* праву домицилия может скорее ослабить, чем усилить возможности сбыта для английских купцов[1].

491. *Является ли lex situs решающим?*

Современное континентальное право практически везде заменило норму *mobilia personam sequuntur* нормой местонахождения имущества. Этот принцип действует в особенности во Франции и во всех правовых системах, сложившихся под влиянием французского права, например, в бельгийской, нидерландской, румынской, итальянской и, кроме того, в Германии, Швейцарии, Австрии, Венгрии, Польше и Греции. Однако нет единодушия в объяснении того, почему право местонахождения имущества является решающим. Мнение Савиньи о том, что собственник предположительно желает подчинить свои права *lex situs*, создает не более чем фикцию[2]. Некоторые авторы основывают этот принцип на норме международного публичного права, согласно которой власть суверенного государства над предметами, находящимися на его территории, должна признаваться другими государствами[3]. Но, во-первых, такой всеобъемлющей нормы не существует; во-вторых, если бы такая норма и существовала, нельзя было бы оправдать вытекающих из нее последствий; в-третьих, применение такой нормы могло бы привести к неудовлетворительным результатам в отношении имущества, находящегося в пути (например, посланного из Португалии в Голландию через Испанию, Францию и Бельгию). Тезис о преобладании *lex situs* в вопросах *iura in rem* лучше основывать на самой природе *ius in rem*, на их действительности в отношении третьих сторон. Вещные права должны быть легко распознаваемы. Надо, чтобы третье лицо, желающее приобрести право на вещь, было защищено от риска, что эта вещь может быть подчинена иностранному праву, по которому приобретение окажется недействительным. В то время как в отношении договорного обязательства договаривающиеся стороны могут выбирать применимое право, так как договор затрагивает только их права,—приобретение вещных прав (*in rem*) представляет собой нечто такое, что касается или может касаться

---

[1] См. замечание, сделанное судьей Мом в деле Anziani (1930) I Ch. 407, 420, в пользу принципа *lex situs*: «Было бы невозможно вести дела, если бы это было не так».

[2] *Savigny*, VIII. 169.

[3] *Zitelmann*, 1. 133 et seq. *Frankenstein* II, 5, 7, полагает, что этот принцип «необходимо вытекает из самой природы». «Между вещью и правом не существует никакой правовой связи, кроме связи по местонахождению», так как «роль вещи чисто пассивная, ибо вещь не может определять свое назначение». Если бы это было верно, то судно в открытом море не могло бы быть объектом права собственности.

большого количества неизвестных лиц. Ввиду того, что то место, где находится вещь, представляет, естественно, средоточие прав на эту вещь, то можно ожидать, что всякое лицо, связанное с вещью, будет считаться с правом данного места. Этот взгляд представляется справедливым, по крайней мере, для тех случаев, когда вещь на протяжении определенного периода имеет свое местонахождение в одной и той же стране. В этом смысле *situs rei* справедливо можно сравнивать с домицилием лица. Подобно тому, как место, где лицо действительно «присутствует» в течение короткого времени, не определяет его личного закона, так же и «реальные права» не сосредоточиваются в месте транзита: товары, посланные из Португалии в Голландию, не «находятся» в Бельгии во время их перевозки через Бельгию. В то же время, подобно тому как простого пребывания лица в Англии достаточно для того, чтобы подчинить его английской юрисдикции, так же возможно (хотя и не обязательно) подчинить вещь праву любого места ее временного нахождения; на нее, например, кредиторами может быть наложен арест. Наконец, подобно тому как в доктрине домицилия значение имеет не обычное и постоянное пребывание в определенном месте, но постоянное пребывание в определенной стране, подобно тому, как лицо может считаться домицилированным в Англии, даже если у него нет там дома[1], так же и вещи, постоянно перемещаемые из одного места в другое в пределах одной и той же страны, считаются находящимися в этой стране, даже если они и не имеют в ней зафиксированного местонахождения.

492. *Английские прецеденты сомнительны*

Господство *lex situs* признано современным английским правом. Таково, по крайней мере, преобладающее мнение английских теоретиков (Вестлейк, Дайси, Фут и др.)[2]: оно неоднократно высказывалось также английскими судами[3], хотя в большинстве случаев по таким делам, по которым б ли бы вынесены такие же решения, даже если бы была принята другая доктрина.

1) В старом деле Inglis v. Usherwood[4] английский купец поручил своему агенту в России приобрести определенные товары; агент выполнил поручение и доставил товары на судно, зафрахтованное английским купцом; этот купец был объявлен

---

[1] См. выше, стр. 123, прим 2.

[2] Но не *Dr. Cheshire*, p. 415 et seq.

[3] Так же британско-германский смешанный арбитраж по делу Luttges and Co. v. Ormiston and Class, Ltd. (1926) Recueil VI 569 признает, что по английскому международному частному праву переход права собственности регулируется *lex situs*.

[4] (1801) I East, 515, 524.

несостоятельным должником до того, как судно вышло из русского порта, и агент задержал товары. По английскому праву право собственности перешло бы к купцу, и агент не имел бы права задержать товары. По русскому праву агент остался собственником товаров и был вправе их задержать. Было применено русское право, вероятно, потому, что оно было правом местонахождения товаров. Во всяком случае, не было установлено, что домицилий агента был русский. Чешайр[1] доказывает, однако, что русское право подлежало применению потому, что оно было «правом, свойственным договору, в силу которого грузоотправитель доставлял товары», т. е. договору между английским купцом и его агентом. Но, во-первых, приведенных фактов недостаточно для того, чтобы можно было бесспорно доказать, что договор регулировался русским правом; во-вторых, трудно понять, почему договор, создающий лишь обязанности между договаривающимися сторонами, должен определять переход права собственности. Мы увидим ниже[2], что в области международного частного права следует строго отделять одно от другого: обязательственный договор, с одной стороны, и вещный договор—с другой. Во всяком случае, в интересующем нас деле суд основал применение русского права на том факте, что доставка товаров на судно произошла в России[3].

2) Следующее дело, на которое часто ссылаются в защиту доктрины *lex situs,*—дело Freeman v. East India Co[4]. (1822) можно признать только совместимым с этой доктриной, но не больше; две правовые системы, между которыми можно было выбирать, английское и римско-голландское право,—в этом случае совпадали.

3) Первое ясное дело, по которому было прямо высказано, что подлежит применению *lex situs,*—это дело Cammell v. Sewell[5]. По этому делу некий русский подданный *А.* продал товары английскому купцу *Б.* и отгрузил их в Англию; право собственности перешло к *Б.* Судно потерпело крушение около берегов Норвегии, и товары были проданы с публичного аукциона в Норвегии капитаном *В.* лицу *Г.*, которое доставило их в Англию и продало там *Д.* По английскому праву капитан *В.* не был в праве отчуждать эти товары, и переход права собственности на них был недействителен. По норвежскому праву этот переход был действителен. Суд постановил, что применению подлежит

[1] P. 426.
[2] См. ниже, § 505.
[3] См. loc. cit., pp. 524, 525 (действительно, *lex situs* идентичен здесь с *lex loci actus* (*traditionis*).
[4] 5 B. and Ald. 617, 624.
[5] (1858) 3 H. and N. 617, (1860) 5 H. and N. 728, 742, 744, 746.

норвежское право и мотивировал этот вывод тем, что право местонахождения товаров является решающим.

4) Этот принцип был подтвержден в решении по делу Liverpool Marine Credit Co. v. Hunter[1]. Британский подданный *А.* заложил в Англии свое судно другому британскому подданному *Б.*, не передавая ему фактического владения судном. Когда судно находилось в Новом Орлеане в штате Луизиана, *В.*, другой кредитор лица *А.*, также британский подданный, имеющий свое постоянное пребывание в Англии, наложил арест на судно; возник вопрос о том, должен ли *В.* признать закладную *Б.*, хотя по праву Луизианы закладная была недействительна. Палата лордов, утверждая решение вице-канцлера, постановила, что применению подлежало право Луизианы: кредитор по закладной, получивший в Англии действительный правовой титул, потерял свое право, так как закон местонахождения имущества не признавал залога без владения, и что этот принцип следует применить, несмотря на то, что все заинтересованные стороны имели английский домицилий. Доводы, выдвинутые палатой лордов, оспоримы, но вывод был правильный.

5) По делу Hooper v. Gumm[2] обстоятельства были таковы: *А.* строил суда в Америке, закладывая их своему кредитору Хуперу путем регистрации залога с соответствующей надписью на корабельной крепости и посылая суда в Англию, где они продавались. Так как индоссаменты, содержавшие указание о залоге, препятствовали продаже судов в Англии, то *А.* и Хупер согласились, что закладные в дальнейшем не будут индоссироваться. После этого было построено новое судно, заложено у Хупера посредством регистрации в Америке и отправлено в Англию. Согласно американскому праву, Хупер приобрел действительный правовой титул. В Англии судно было заложено у Гумма, и, с точки зрения права нового местонахождения (Англия), возник вопрос о том, является ли передача права собственности Гумму действительной, несмотря на закладную Хупера. Согласно английскому внутреннему праву, такая передача считалась действительной. Решение было вынесено в соответствии с *lex situs*, но верно и то, что решение было бы таким же, если бы последствия продажи судна Гумму регулировались правом места совершения акта; и суд ясно признал, что продажа была совершена и осуществлена в Англии[3].

6) В решении по делу Castrique v. Imrie[4] судья Блекбёрн

---

[1] (1867) L. R. 4 Eq. 62; (1868) L. R. 3 Ch. App. 479.
[2] (1867) L. R. 2 Ch. App. 282, 290.
[3] Там же, стр. 289.
[4] (1870) L. R. 4 H. L. 414, 429.

признал авторитетность решения по делу Cammell v. Sewell[1], хотя только в попутных высказываниях.

7) В решении по делу Queensland[2] судья Норс оставил открытым вопрос о том, достаточно ли соблюсти требования права домицилия, и постановил, что, во всяком случае, достаточно, чтобы сделка соответствовала закону местонахождения имущества.

8) Решения по делам Alcock v. Smith[3] и Embiricos v. Anglo-Austrian Bank[4] касаются передачи права собственности на оборотные документы, например, на переводные векселя и чеки. По первому делу английский переводный вексель, выписанный английской фирмой, выставленный на английские фирмы и подлежавший оплате в Англии, был индоссирован в Норвегии на имя *X*.; кредитор *X*.'а наложил на вексель арест. Вексель был в Норвегии продан с публичного аукциона *Y*'у и там вручен. По норвежскому праву, *Y*. стал собственником документа, по английскому—он не приобрел права собственности. Суд постановил, что домицилий должника не существенен и что поэтому английское право неприменимо, но что применению подлежит «право страны, где передача имела место», т. е. *lex loci actus*, который совпадает, однако, с *lex cartae sitae*. По делу Эмбирикоса чек был похищен в Румынии, и похититель подделал индоссамент и продал чек австрийскому банку; вопрос заключался в том, приобрел ли банк действительный правовой титул. Суд применил австрийское право как *lex situs cartae*; но как Суд королевской скамьи, так и апелляционный суд, указали, что *lex situs* был в этом случае также и *lex loci actus*[5].

9) В шотландском деле Inglis v. Robertson[6] шотландский суд и палата лордов применили *lex situs* в отличие от *lex loci actus*. Товары, принадлежавшие домицилированному англичанину, но хранившиеся на шотландском складе, были заложены собственником другому домицилированному англичанину-истцу, но, вопреки шотландскому праву, содержатель склада не был уведомлен о том, что это имущество находится в залоге. Впоследствии ответчик, который был личным кредитором собственника, наложил арест на товары и таким образом, в соответствии с шотландским правом, приобрел на них *ius in rem*. Было решено, что ответчик имеет более сильное право; был применен *lex situs*, и было признано, что судебное решение,

---

[1] Выше, стр. 546 (3).
[2] (1891) I Ch. 536, 545.
[3] (1892) I Ch. (C. A.) 238, 255, 266, 267.
[4] (1904) 2 K. B. 870; (1905) I K. B. (C. A.) 677.
[5] Loc. cit. (1904) 874 (*per Walton*, J.), (1905) 683 (*per Vaughan—Williams*).
[6] (1898) A. C. 616, 625.

отвергающее *lex situs,* «противоречило бы элементарным принципам международного права».

10) В решении по делу Dulaney v. Merry[1], как мы видели выше (стр. 542), решающим было признано право домицилия, так как в этом случае собственник передал все свое имущество для удовлетворения претензий своих кредиторов. В этом решении, однако, было подчеркнуто, что даже в таком случае нельзя вовсе отказаться от учета закона местонахождения имущества, в особенности в тех случаях, когда «английское право содержит нормы, относящиеся к переходу права на имущество, находящееся в Англии». «Имущество, заключающееся в товарах, находящихся в Англии, относительно которого была заключена сделка иностранными собственниками в соответствии с правом их домицилия, не должно перейти к покупателю в результате такой сделки, если при этом не будут выполнены определенные формальности». Термин «определенные формальности» ни в коем случае нельзя считать ясным. Он, несомненно, включает в себя нормы о необходимости индоссирования или об уведомлении третьего владельца. Но следует ли признать, что норма местонахождения имущества, требующая передачи права владения покупателю или залогодержателю, относится к категории тех, которые требуют выполнения «определенных формальностей»? Если это так, то трудно было бы найти какую-либо норму в английском праве, которую можно было бы не принимать во внимание в тех случаях, когда английское право является правом местонахождения имущества. И применим ли тот же принцип в случае, когда имущество находится в иностранном государстве? Можно надеяться, что ответ на этот вопрос будет утвердительным[2].

11) Два решения по делам Korvine's Trusts[3] и Craven's Estate[4] связаны с дарением в случае смерти (donationes mortis causa). Первое решение признало, что дарение следует трактовать как дарение между живыми (*inter vivos*) и что, следовательно, действительность дарения и перехода права собственности не зависит от права домицилия (как и при завещании), но зависит от *lex situs,* который, однако, был в рассматриваемом случае идентичен с *lex loci actus.* Второе решение объявляет, что вопрос о действительности дарения «до некоторой степени» является вопросом управления наследственным имуществом (?) и, следовательно, подчиняется праву домицилия завещательницы; решение вместе с тем указывает, что вопрос о том,

---

[1] (1901) 1 Q. B. 536, 541, 542.

[2] Во всяком случае, Дайси, за исключением 154-го правила, повидимому, придерживается этого мнения.

[3] (1921) I Ch. 343, 347.

[4] (1937) 3 A. E. R. 33, 39.

действительно ли завещательница рассталась со своим правом собственности и передала это право получателю дара, должен быть разрешен правом местонахождения имущества.

Возможно, что имело место некоторое преувеличение, когда судья Мом в деле Анциани в своих попутных высказываниях выразился: «Я не думаю, чтобы кто-нибудь мог сомневаться в том, что в отношении передачи имущества должно применяться право той страны, в которой находится движимое имущество»[1]. Но, по крайней мере, это попутное высказывание указывает цель, к которой направлено развитие английского права и которой оно, вероятно, уже достигло[2].

493. *Lex loci actus?*

Чешайр придерживается иного взгляда[3]. Он рассматривает *lex loci actus* как решающий в следующих двух случаях:

а) Когда спорный вопрос относится к действительности, последствиям или толкованию акта передачи имущества, «когда передача касается только первоначальных сторон». Можно, однако, сомневаться в том, носит ли какая-либо передача права собственности такой характер. Договор, создающий обязательства только между сторонами, не касается третьих лиц; передача имущества, его отчуждение или обременение имущества какими-либо обязательствами касается любого лица, поскольку *ius in rem* по своей природе должно быть действительно в отношении любого лица.

б) Когда лицо претендует на право собственности на товары, основывая свою претензию на правах одного из участников акта передачи. Чешайр приводит в качестве примера дело Inglis v. Usherwood[4], по которому английский купец *А.* дал своему агенту в России *Б.* поручение достать определенные товары. Допустим, как это делает Чешайр, что поручение и передача права собственности лицу *А.* подчиняются русскому праву. Следует ли из этого, что происходящее от *А.* право, на которое претендует третье лицо *В.*, также должно регулироваться русским правом? Мы полагаем, что ответ должен быть отрицательным. Вопрос о том, приобрел ли *А.* право собственности, определяется не правом, регулирующим договор поручения между *А.* и *Б.*, но русским правом местонахождения имущества, и решение вопроса о том, приобрел ли *В.* право собственности, зависит от того, где находились товары в момент передачи их от *А.* покупателю *В.* Если, например, *А.* не приобрел права собственности по праву русского местонахождения

---

[1] (1930) 1 Ch. 407, 420.
[2] См. также выше, стр. 544, прим. 1, и стр. 545, прим. 3.
[3] Pp. 431—435.
[4] (1801 I East. 515, 524. См. выше, § 492 (1).

имущества, то может случиться, что местонахождение имущества изменится впоследствии и что по праву нового местонахождения имущества *B.*, благодаря своему добросовестному образу действий, сможет приобрести право собственности от несобственника.

Объявляя решающим *lex loci actus,* Чешайр иногда употребляет этот термин в значении, отличном от обычного значения этого слова[1]. В то время как обычно *lex loci actus* обозначает право страны, где было заключено соглашение, Чешайр имеет в виду право, «эквивалентное свойственному договору праву», или право, «с которым сделка имеет наиболее реальную связь»[2]. Здесь неуместно входить в обсуждение этой терминологии, и бесспорно, что при решении любой проблемы международного частного права мы должны отыскивать право той страны, с которой рассматриваемый вопрос имеет наиболее реальную связь. Но какое право, таким образом, указывается в рассматриваемом нами случае? Ответ на этот вопрос должен быть дан не правом той страны, где состоялась передача имущества, но правом местонахождения имущества. *Lex loci actus* существенен только в тех случаях, когда предметом спора являются формальности, сопровождающие передачу. Следует, наконец, обратить внимание на тот очевидный факт, что доктрина *lex loci actus* не может дать решения по вопросам, не связанным с человеческими действиями. В тех случаях, когда возникает необходимость определить предполагаемое приобретение какого-либо права *in rem,* основанного на истечении срока, например, в случае приобретательской давности или узукапии, или когда необходимо определить побочные обстоятельства вещного права, например, права залога, возникшего в силу закона,—не существует никакого места совершения акта (*lex actus*), к которому можно было бы обратиться. Решающим в этом случае будет право местонахождения имущества.

БИБЛИОГРАФИЯ

J. D. Falconbridge 2, Dominion L. Rep. (1934), I et seq.; 13 Canad. Bar Rev. (1935) 265; 20 Canad. Bar R. (1942) I, 109. *Cook*, 52 Harv. L. R. (1939) 1246. *Niboyet*, Des conflits de lois relatifs à l'acquisition de la propriété, 1912. *Niboyet*, 60 Rev. Darras, 1933, 468. *Louis Roussell*, Du Conflit des lois en ce qui concerene l'acquisition et la transmission entre vifs de la propriété, 1893. *Desbois*, J. Clunet,1931, 281. *Diena*, I diritti reali considerati nel dir. internaz. priv., 1895. *Diena*, Rev. Darras, 1911, 561. K. *Duden*, Rechtserwerb vom Nichtberechtigten I. P. R., 1934. *H. R. Habicht*, Festschrift f. Heinitz, 1926, 463. *Rabel und Raiser*, в Rabel's Z. 3, 64. Wilh. *Kau mann*, Z. f. Völkerrecht, 1911, I. Annuaire, 23, 231, 249; 24, 368.

[1] См., например, Dicey, rule 154.
[2] *Cheshire*, pp. 422, 417.

ТОВАРЫ В ПУТИ И СРЕДСТВА ПЕРЕДВИЖЕНИЯ

494. Res in transitu. Различные доктрины

Имеется два вида материального движимого имущества, для которых так называемое местонахождение (*situs*) не является подходящим критерием (для решения вопроса о применимом праве.—*Прим. перев.*).

1) *Res in transitu*, т. е. товары, транспортируемые из одной страны в другую. Какое право регулирует вопросы создания, передачи и прекращения реальных прав на эти товары? Нибуайе в своем солидном исследовании на эту тему защищает применение права, действующего в месте назначения товаров. В конвенции, заключенной в Монтевидео[1], такая норма была принята в отношении корабельных грузов в открытом море. Так как товары в пути не имеют определенного места постоянной остановки (*situs praesens*), то Нибуайе считает, что решающим местом должна быть та страна, где впоследствии войдут в силу права, созданные во время перевозки. Возражения против этой доктрины[2] заключаются в том, что нет никакой уверенности, что место назначения станет будущим местонахождением имущества (*situs futurus*). Первоначальное назначение может измениться, пока товары находятся в пути, или товары могут погибнуть, или быть похищенными раньше, чем они достигнут страны, в которую они направлялись. Цительман[3] предложил, чтобы права на товары в пути создавались или передавались в соответствии с правом их фактического местонахождения во время заключения сделки, и если это обстоятельство неизвестно, то трудности могут быть разрешены, исходя из общей презумпции, в пользу продолжения действия прежнего правового положения. Но он в этом случае допускает ошибку. Если, например, товары транспортировались из Бельгии, страны владельца, через Германию и Чехословакию, на его фабрику в Румынию, и если он их продает и отчуждает румынскому покупателю в момент, когда транспорт уже о п р е д е л е н н о достиг Германии и, в о з м о ж н о, Чехословакии, то применение доктрины Цительмана повлекло бы за собой применение германского права, хотя ни одна из заинтересованных сторон фактически не имеет никакого отношения к Германии. Решение, предлагаемое Цительманом, ведет к неудо-

---

[1] Ст. 28.

[2] Против этого см. в особенности *Bartin*, Principes III, 223 et seq; также Dicey, p. 611, note (4).

[3] II. 354 et seq.

влетворительным результатам; одно только место транзита не является местом, к которому тяготеет вещное право[1].

495. *Рекомендуемое решение*

Мы не думаем, чтобы было возможно составить простую и всеобъемлющую формулу, определяющую надлежащее право. Ответ должен быть различным в зависимости от различных отношений. Наиболее важными событиями из всех возможных во время перевозки грузов могут быть следующие три:

а) Один из кредиторов собственника захватывает товары в пути (*in itinere*) и налагает на них арест, в результате чего перевозка в данный момент приостанавливается. Он, таким образом, создает место остановки, но лишь временного характера. От права этого места зависит, будет ли законным наложение ареста на имущество и, в случае положительного ответа,— разрешение вопроса о том, приобрел ли кредитор право удержания, залога или преимущественного удовлетворения (privelège), или другое подобное право, и что именно входит в состав этого права.

б) Собственник товаров в пути может равным образом рассматривать такое место временной остановки (транзитный порт, например) так, как если бы оно было действительным местонахождением имущества (situs), и поэтому передать право собственности или залога товаров в соответствии с правом этого места. Если, например, территориальное право порта разрешает собственнику заложить товары, не уведомляя об этом собственника судна или капитана, то закладная, составленная таким образом, будет рассматриваться как действительная. Но собственник не ограничен лишь этим способом распоряжения. Там, где по *lex loci actus* право собственности может перейти по простому согласию или по цессии права требования продавца в отношении перевозчика, то такого согласия или цессии будет достаточно, даже если право страны, в которой товары в это время находятся, требует большего для перехода прав. Это особенно важно, когда продавец имеет на руках коносcамент и фрахтовый документ и распоряжается этими обоими документами и своими товарами: тогда *lex situs cartae* совпадает с *lex loci actus*. В дальнейшем допустимо будет взамен несуществующего места пребывания (*situs praesens*) избрать страну назначения, при условии, что товары туда прибудут, или же

---

[1] См. выше, § 491. Англо-германский смешанный арбитражный суд в решении по делу Luttges and Co. v. Ormiston and Glass, Ltd. (Recueil VI, 564, 570) правильно объявил, что «случайное и временное местонахождение товаров во время их перевозки через Голландию не может сделать голландское право применимым в отношении перехода права на это имущество».

действовать так, как если бы перевозка еще не начиналась, т. е. регулировать сделку по праву последнего действительного местонахождения товаров (*situs praeteritus*). Возможность выбора между несколькими правовыми системами, таким образом, должна быть предоставлена собственнику, который распоряжается своими товарами во время их перевозки. То, что правильно в отношении собственника, может в равной мере относиться к любому лицу—несобственнику, имеющему право распоряжения товарами, например, владеющему товарами залогодержателю, который переправляет их в иностранное государство и продает их во время перевозки, чтобы выручить причитающиеся ему денежные суммы.

в) Этого нельзя сказать о несобственнике, отчуждающем товары во время перевозки без права на это. Действительность такого отчуждения добросовестному покупателю не должна зависеть от какого-либо иного права, кроме права той страны, где товары действительно находились в момент их отчуждения.

496. *Средства перевозки*

2) Средства перевозки, например, железнодорожные поезда, автомобили, суда, авиация, имеют обычно некоторые определенные места остановок, в которых они как бы имеют свое место постоянного пребывания, даже если они временно там отсутствуют. Когда судно уходит в море, право флага заменяет *lex situs*; в государстве, состоящем из нескольких стран, например, в Соединенном Королевстве, решающим является место регистрации[1]. Так, например, судно, находясь в открытом море или в иностранном порту, может быть отчуждено или заложено в соответствии с правом флага или правом порта, где оно зарегистрировано. Это, однако, не исключает права собственника или его кредиторов[2] рассматривать судно, находящееся в иностранных территориальных водах или иностранном порту, в соответствии с правом его местонахождения в данный момент.

БИБЛИОГРАФИЯ

См. выше, стр. 551 и *H. Weil*, Die kollisionsrechtliche Behandlung von Tatbeständen in Beziehung auf res in transitu, 1933 (Dissert.) *Arminjon*, в Mélanges Pillet, II. 33.

---

[1] Когда, однако, предметом спора является вопрос о конфискации, судно в открытом море не следует рассматривать как «плавающую часть государства флага». Chung Chi Cheung v. The King (1938) 4 A. E. R. 786 Government of Spain v. National Bank of Scotland (1939) Sess. C. 413, 421, 426, 432.

[2] См. Liverpool Marine Credit Co. v. Hunter, (1867) L. R. 4. Eq. 62; (1868) L. R. 3 Ch. App. 479.

СФЕРА ДЕЙСТВИЯ ПРАВА МЕСТА НАХОЖДЕНИЯ ИМУЩЕСТВА (LEX SITUS)

Выше уже указывалось, что, за некоторыми исключениями, право места нахождения имущества регулирует вещное право в отношении недвижимости и материального движимого имущества. Теперь остается более подробно указать сферу действия *lex situs*. Право места нахождения имущества, реальный статус (*statutum reale*), как его называли статутарии, охватывает собой всю сферу *iura in rem*.

497. Какие вещные права разрешены?

I. Право места нахождения вещи решает, какие вещные права могут возникнуть. Какой-нибудь вид вещных прав, не известный в стране *X.*, не может возникнуть в отношении имущества, находящегося в этой стране. Пример: французское право не разрешает закладных без владения (hypothèques) движимым имуществом. Следовательно, движимое имущество, находящееся во Франции, не может быть заложено без его передачи, независимо от того, будет ли это возможно по праву места заключения договора или по праву домицилия кредитора или должника.

498. Возникает ли существование какого-либо определенного права?

II. Право места нахождения вещи решает, возникает ли существование определенного права, касающегося определенной вещи, переходит ли право к другому лицу[1], меняется ли содержание права, прекращается ли оно.

1) Применение этого принципа не вызывает затруднений до тех пор, пока движимое имущество, о котором идет речь, не меняет своего места нахождения. Если два домицилированных немца заключили договор передачи индивидуальноопределенной вещи, находящейся в Англии, право собственности на эту вещь может перейти без его передачи покупателю, хотя по германскому праву передача или определенные действия, заменяющие передачу, были бы необходимы. Германское право неприменимо; его содержание будет принято во внимание судом только для того, чтобы, имея в виду особые обстоятельства сделки, установить, было ли намерение сторон направлено к тому, чтобы исключить переход права собственности на имущество до его передачи. Возьмем другой пример: кредитор и залогодержатель в прямо выраженной форме, сохраняя свое право, возвращает заложенную у него драгоценность своему

[1] *Inter vivos*; о правопреемстве вследствие смерти см. ниже, § 539 и след.

должнику. Право страны, в которой находится драгоценность, решает, уничтожает ли возврат заложенного предмета залоговое право или же оговорка о сохранении этого права, сделанная кредитором, имеет силу.

Право места нахождения вещи обычно применяется при любом возникновении, переходе или прекращении *iura in rem*. Такое создание, переход или прекращение права может основываться на сделке между двумя сторонами или на одностороннем добровольном частном правовом действии, каково, например, оставление имущества его собственником. Право может также возникнуть в силу закона, например, в случае приобретательской давности или, наконец, в силу государственного акта.

499. Способность (право- и дееспособность) и форма

а) Когда предметом спора является добровольная сделка или односторонний акт, то возникает вопрос о том, регулируется ли форма документа и способность участвующих в нем лиц правом места нахождения имущества или каким-либо иным правом. Необходимо проводить различие между движимым и недвижимым имуществом.

(1) В случаях движимого имущества право- и дееспособность (вероятно) регулируется указанными выше нормами, действующими в отношении договоров (§ 261 и след.)[1], т. е. в этих случаях применяется право домицилия; однако, когда сторона обладает право- и дееспособностью по закону места совершения действия и неправоспособна по закону своего домицилия, то применяется закон места совершения действия. Форма документа, повидимому, регулируется нормами о торговых сделках; следовательно, вероятно, достаточно, но не необходимо, чтобы был соблюден закон места совершения действия (или закон места нахождения имущества)[2].

---

[1] По этому вопросу нет, однако, никаких источников. См. *Dicey* p. 607, и следующее примечание.

[2] По делу Republica de Guatemala v. Nunez (1927) I K. B. (C. A.) 669, в котором речь идет как о право- и дееспособности, так и о формальностях при переуступке права на нематериальные предметы, мнения разошлись. Судья Скраттон считал, что применение *lex loci actus* было обязательно (p. 690), судья Мом последовал этому мнению в деле Аппиани (1930) I Ch. 407, между тем как судья Лоуренс объявил *lex situs* обязательным. Во всяком случае, нет никакого основания к тому, чтобы на вопрос, относящийся к вещному договору о движимости, был дан иной ответ, чем на вопрос, относящийся к случаям обязательственного договора о движимости. Если правильно, что формальная действительность обязательственного договора зависит либо от *lex loci actus*, либо от свойственного договору права, то должно быть также правильно, чтобы в случае передачи вещного права на движимое имущество соблюдались формальности либо *lex loci actus*, либо *lex situs*.

(2) Право- и дееспособность лица на отчуждение недвижимой вещи или на обременение ее закладными, правом прохода или другими вещными правами, или на прекращение таких прав, или на приобретение прав на недвижимость— регулируется исключительно законом места нахождения вещи, независимо от того, где находится домицилий этого лица[1]. Форма такого рода сделок также определяется исключительно правом места нахождения имущества, а не правом той страны, в которой сделка состоялась[2]. Но необходимо подчеркнуть, что обе эти нормы (о право- и дееспособности и о форме сделок) ограничивают исключительное применение права места нахождения имущества только сделками, которые непосредственно создают, передают или прекращают какое-либо *ius in rem*. Эти нормы не применяются к «обязательственным договорам», т. е. к сделкам, по которым на одну сторону возлагается обязанность создать, передать или прекратить такое право[3].

---

[1] Bank of Africa v. Cohen (1909) 2 Ch. (C. A.) 129 (касающееся право- и дееспособности на залог земли). Birtwhistle v. Vardill (1840) 7 Cl. and Fin. 895 (касающееся право- и дееспособности на приобретение недвижимости). В этом отношении английское и американское право отличается от большинства правовых систем, по которым право- и дееспособность на распоряжение недвижимостью регулируется личным законом сторон. Во Франции старая, установленная д'Аржантре доктрина, по которой место нахождения вещи определяет право- и дееспособность в отношении недвижимости, была сохранена и в германском кодексе, но суды отказались от нее больше чем пятьдесят лет тому назад. См. *Valéry*, p. 848.

[2] Норма *locus regit actum* поэтому неприменима, когда предметом сделок является передача недвижимого имущества. Adams v. Glutterbuck (1883) 10 Q. B. D. 403; In re Hernando (1884) 27 Ch. D. 284. Решение по делу Bank of Africa v. Cohen (1909) 2 Ch. 129 отчасти касается формальностей (уведомление замужней женщины, согласно *Senatusconsultum Velleianum*, является «формальностью», хотя от этого зависит действительность закладной). Английский принцип, по которому форма вещного договора регулируется исключительно *lex situs*, был принят и распространен на движимое имущество в германском, польском и японском праве. Большинство континентальных правовых систем отказалось принять это (очень разумное) исключение из нормы *locus regit actum*. Вместо этого некоторые из этих систем разработали принцип, по которому *ius in rem immobilem* (право на недвижимость) может быть законно создано только на той территории, на которой имущество расположено; таким образом, *lex situs* и *lex loci actus* совпадают. Так, например, в отношении закладных французский гражданский кодекс, ст. 2128. RVglHWB., IV, 394.

[3] См. ниже, § 505. *Dicey*, 587, 953 et seq. Это различие между формой договора и формой передачи имущества можно найти также и в континентальных правовых системах. См. германский вводный закон, ст. II, § 2 (очень осторожно составлен); *Lewald*, 71; *Niboyet*, Manuel, p. 635. Только по польскому праву договоры, относящиеся к недвижимому имуществу, подчиняются в отношении формы тем же нормам, что и передача имущества. Польское международное право 1926 г., ст. 6, § 3. Польское межпровинциальное право 1926 г., ст. 8, § 3.

Собственник, выражающий согласие продать свою землю, не отчуждает ее, а только обязуется ее отчудить. В отношении право- и дееспособности такой договор, как и всякий иной договор, регулируется либо правом домицилия, либо правом места заключения договора, а в отношении формы—свойственным договору правом или законом места совершения договора[1]. Поэтому и не необходимо и недостаточно, чтобы форма, предписанная правом места нахождения вещи, была как таковая соблюдена. Только в том случае, если *lex situs* является свойственным договору правом,—а это часто имеет место,—для сторон достаточно соблюсти форму, предписываемую этим правом. Когда договор составляет часть документа, по которому происходит передача вещного права на землю, такая передача, конечно, будет недействительной, если не будет соблюдена форма, предписываемая правом места нахождения имущества. Но в таком случае, если обязательственный договор совершен по правильной форме,—собственник остается обязанным передать право собственности[2], если только этот договор не стал недействительным вследствие ничтожности документа о передаче вещного права. Свойственное договору право определяет, так ли обстоит дело или нет.

500. *Конфискация*

б) Право места нахождения имущества определяет вещные права, основанные на приобретательской давности[3] или на государственном акте, в частности, на конфискации и экспроприации. Государство, на территории которого находится вещь, решает, передал ли действительно декрет о конфискации или экспроприации право собственности государству. В случаях конфискации и экспроприации могут быть, соответственно, различные ответы[4].

(1) Конфискация носит «карательный» характер, и собственник, имущество которого подверглось конфискации, не имеет права на компенсацию. Поэтому конфискация не будет подвергнута принудительному исполнению в Англии, поскольку

---

[1] См. выше, §§ 261, 427. Германский суд часто признавал, что земля, расположенная в Германии и принадлежащая немцу, может законно быть продана за границей без соблюдения какой-либо формы, например, устно, если *lex loci actus* не требует каких-либо формальностей. *Lewald*, p. 71. По английскому праву иной вывод может быть сделан из процессуального характера нормы Закона об обманных действиях (Statute of Frauds).

[2] Получает ли покупатель тем самым права, основанные на праве справедливости,—это зависит не от места нахождения имущества, а от свойственного договору права.

[3] См. об этом § 503.

[4] Хороший обзор возникающих в таких случаях вопросов можно найти у *Walter Herzfeld*, Nationalization of Foreign Corporations, New York, 1943 (Contemporary Law Pamphlets, ser. 9, № 1.)

она относится к вещам, находящимся вне территории государства, установившего конфискацию. Иллюстрации по этому вопросу можно найти в делах Lecouturier v. Rey[1] и Banco de Vizcaya v. Don Alfonso de Borbon y Austria.

Обстоятельства первого из этих дел заключались в том, что определенные религиозные корпорации были распущены в силу французского закона; их имущество было конфисковано, и их члены были изгнаны из Франции. Среди этих последних находились также картезианские монахи, которые в Англии продолжали производить ликер, называемый шартрезом, и пользовались при этом секретным рецептом. Французская конфискация не могла воспрепятствовать им эксплоатировать выгоды от репутации, которой пользовался их ликер в Англии; имущество, находившееся в Англии, состояло из этой репутации, английских торговых марок и секретного рецепта. Французский закон не обладал властью для конфискации такого вне его территории находящегося имущества.

По делу Vizcaya Bank против бывшего короля Испании[2] испанское республиканское правительство издало декрет, по которому имущество короля Альфонса, включая любое имущество, депонированное в испанских банках, подлежало конфискации. Некоторые ценные бумаги, которые король приобрел на свои собственные деньги, были депонированы в английском банке в распоряжении королевского агента Бискайского банка. Претензия этого банка о возврате ценностей, находившихся в Лондоне, не увенчалась успехом, так как они находились вне Испании и карательный характер конфискации ограничивал ее действие пределами испанской территории[3] [21].

---

[1] (1910) A. C. 262, 264.

[2] (1935) 1. K. B. 140. См. также шотландское дело Government of the Republic of Spain v. National Bank of Scotland (1939) Sess., C. 413.

[3] См. Folliot v. Ogden (1789) I H. Blackst 123, 135; Barclay v. Russell (1797) 3 Ves jun. 423, 429. («Конфискация, примененная в иностранном государстве, не может действовать в отношении имущества, находящегося здесь), ибо «ни одна нация не исполняет уголовных приговоров другой»); Luther v. Sagor and Co. (1921) 3. K. B. 532, 545; The Jupiter (№ 3) (1927). pp. 122, 140; 250, 253 (C. A.): русские декреты о «национализации» не имели никакого действия в отношении имущества, находящегося вне России; Princess Paley v. Weisz (1929) 1. K. B. 718; In re Russian Bank for Foreign Trade (1933) Ch. 745, 767, где судья Мом подчеркивает строго территориальный характер декретов о национализации. Странное решение было недавно вынесено Верховным судом Соединенных Штатов по делу United States v. Pink (напечатано в 36 American Journal of International Law (1942) 309). Имущество, находившееся в Соединенных Штатах и принадлежавшее русским компаниям, ликвидированным в силу декретов о национализации, было этими же декретами конфисковано в пользу русского государства; после признания русского революционного правительства, русское государство переуступило свои пра-

Поскольку декрет о конфискации касается имущества, находящегося в пределах территории государства, объявившего конфискацию, последствия такого декрета заключаются в переходе правового титула к государству, и этот переход должен уважаться всюду, даже если конфискованные предметы принадлежали лицу, не являвшемуся гражданином этого государства. Возьмем, например, британского гражданина, имевшего во время революции свое постоянное местопребывание в России и в результате конфискации лишившегося своего имущества, находившегося в России. Если Советский Союз посылает некоторую часть конфискованного имущества в Англию и там его продает и вручает, то покупатель, хотя бы он и знал о происхождении этого имущества, приобретает безупречный правовой титул против прежнего собственника.

Безразлично при этом, конфисковало ли государство определенное имущество, взяв его в свое владение, или же общий декрет о конфискации касается всякого имущества определенного рода, которое временно остается во владении бывшего собственника.

Если в последнем случае бывший собственник привозит это имущество в Англию, то это (вероятно) не аннулирует права собственности конфисковавшего государства, так как имущество находилось в России в момент его конфискации. Советское государство, следовательно, может дать покупателю в Англии действительный правовой титул даже без того, чтобы оно когда-либо владело конфискованным имуществом. (См. примечание редактора к §§ 13 и 85 и приложение [22]).

501. Экспроприация

(2) Экспроприация не носит карательного характера; она заключается в приобретении, в силу закона, предметов, необходимых для определенного предприятия общественного пользования, обычно под условием выплаты равноценной компенсации. До недавнего времени вообще предполагалось, что в каждой стране закон разрешает экспроприировать только такие вещи, которые находятся в пределах данной страны. Это предположение основывалось не на карательном характере этого акта,—как это имеет место в случае конфискации, —

ва на это имущество Соединенным Штатам. Если проведенная Россией конфискация имущества, находящегося вне России, была действительна, то и передача прав на это имущество также была действительна; если же конфискация была ultra vires (превышала полномочия), переуступка связанных с ней прав Соединенным Штатам не могла сделать конфискацию действительной. Верховный суд признал переуступку прав действительной. (См. прим. ред. к §§ 13 и 85 и прил. [22]).

а на принципе международного публичного права: считали несовместимым с уважением, которого требует суверенитет государства X, чтобы государству Y было разрешено экспроприировать вещи, находящиеся в стране X,—в целях содействия своим собственным публичным интересам. Этот старый принцип строгой территориальности декретов об экспроприации оказался, однако, неприемлемым в условиях военного времени. Норвежское правительство незадолго до того, как оно покинуло Норвегию, и голландское правительство, во время своего пребывания в Лондоне, издавали декреты, которыми они наделяли государство правовым титулом на некоторое материальное имущество (суда) (и на некоторые связанные с этим имуществом требования), принадлежавшее гражданам государства и находившееся соответственно вне пределов территории. Голландский декрет был признан нью-йоркским апелляционным судом по делу Anderson v. Transandine Handelsmaatschappij[1], поскольку вопрос касался нематериального имущества, находившегося в Нью-Йорке, и это решение было основано на «международной вежливости» и на том соображении, что декрет имел своей целью, воспрепятствовав общему врагу завладеть этим имуществом, защитить таким образом права бывших собственников. Тот же взгляд был принят и в решении по английскому делу Lorentzen v. Lydden and Co.[2] Решение касалось вопроса об определенных правах в отношении ответчиков—правах, принадлежавших норвежским подданным и «находившихся» в Англии; эти права были реквизированы и переданы истцу как «куратору» и представителю норвежского правительства. Судья построил свое решение на трех основаниях: во-первых, норвежский декрет имел в виду действовать экстерриториально и не носил характера конфискации, так как он предусматривал компенсацию, которая должна была устанавливаться в соответствии с норвежским правом; во-вторых, признание декрета диктовалось соображениями международной вежливости и, в-третьих, издание декрета оправдывалось соображениями публичного порядка. Второй из приведенных мотивов основывается на неясном понятии «международной вежливости» и поэтому мало убедителен. Третий довод вводит совершенно новую и довольно опасную концепцию публичного порядка: судья взывает к этому доводу не для того, чтобы исключить применение иностранного права, которое нормально подлежало бы применению, но для того, чтобы разрешить иностранному праву действовать в его стране, хотя нормально это право не подлежало бы применению[3]. Первое из приведен-

[1] 36 American Journ. of Internat. L. (1942) 701, 706.
[2] (1942) 2 K. B. 202, 216 (*per Atkinson*, J.).
[3] См. *F. A. Mann*, 5 Modern L. R. (1942) 262.

ных соображений имеет бо́льшую силу, хотя оно нуждается в некотором уточнении. Судья проводит различие между конфискацией и другими государственными актами, лишающими какое-либо лицо его имущества (т. е. экспроприацией). В случае конфискации решающим является право места нахождения имущества, а по этому праву иностранный декрет о конфискации не имеет экстерриториального действия. Но в случаях экспроприации иностранному декрету должно быть предоставлено экстерриториальное действие, при условии, во-первых, что этот декрет сам имеет в виду обладать таким действием и, во-вторых, что его применение не противно публичному порядку. Это решение, таким образом, развивает новую норму международного частного права: вопрос о том, переходит ли право собственности на находящееся в Англии имущество к иностранному государству в силу акта об экспроприации, изданного этим государством, должен разрешаться правом этого же государства, если только такой переход права собственности совместим с английским публичным порядком. Такая норма целесообразна и удовлетворительна.

В нью-йоркском деле Anderson v. Transandine голландский закон об экспроприации был, повидимому, применен только к случаю экспроприации нематериального имущества; в указанном выше английском деле такое различие не было проведено. Мотивом для исключения материального имущества в Нью-Йорке могло служить то обстоятельство, что материальное имущество имеет реальное местонахождение, праву которого оно должно быть полностью подчинено, в то время как так называемое местонахождение или квазиместонахождение нематериальных вещей более или менее фиктивно, и поэтому предпочтительно право места нахождения имущества заменить правом государства, издавшего декрет. Распространение этой нормы на материальное имущество можно, однако, оправдать: было бы удивительно, если бы исключалось применение иностранного декрета об экспроприации судов и признавалась экспроприация прав требования, связанных с пользованием этими судами. (См. примечание редактора к § 85 и прил. [22].)

502. Перемена места нахождения имущества

2) Какой *lex situs* регулирует *iura in rem*, если место нахождения какого-либо движимого имущества перемещается из одной страны в другую?

а) Может случиться, что какое-либо *ius in rem* возникло в соответствии с правом места нахождения имущества и что впоследствии это имущество было перевезено в другую страну, в которой возникновение этого права таким же способом было бы невозможно. В таких случаях право, «приобретенное» где

бы то ни было, обычно остается в силе. Приведем иллюстрации:

(1) Определенное движимое имущество, находящееся в Англии, было продано; право собственности перешло, хотя владение не было передано. Впоследствии это имущество было привезено в Германию, где переход права собственности требует передачи владения или определенных действий, заменяющих передачу. Право собственности, приобретенное по английскому праву, не перестало быть действительным.

(2) Похищенное имущество, принадлежащее *С.*, продано в Англии на открытом рынке добросовестному покупателю *П.*; он увозит это имущество с собой в Германию. По германскому законодательству он не приобрел бы права собственности, но он сохраняет ранее приобретенное право. В то время как имущество находилось в Германии, вор был обнаружен в Англии; против него было возбуждено уголовное преследование, и он был осужден. Согласно английскому праву, это обстоятельство влечет за собой «возвращение имущества тому лицу, которое было его собственником», т. е. возвращение его С[1]. Применима ли эта норма, несмотря на то, что приобретение права собственности сейчас зависит от законодательства нового места нахождения имущества (Германии)? Ответ должен быть утвердительный. Когда *П.* стал собственником, он по английскому праву приобрел не безусловное право собственности, а право, подчиненное резолютивному условию, а С. сохранил свое право собственности, подчиненное отлагательному условию.

(3) Недвижимое имущество, находящееся в Капштадте, заложено по нотариально засвидетельствованному документу, надлежащим образом зарегистрированному, но без фактической передачи имущества[2]. Впоследствии это имущество было увезено в Германию или во Францию. В принципе закладная продолжает оставаться в силе, хотя по германскому или французскому праву не возникло бы никакого залога в виду отсутствия передачи. Но может быть и так, что германское или французское право препятствует не только с о з д а н и ю залога без владения, но также и не признает с у щ е с т в о в а н и я такого залога, если он законно создан в соответствии с иностранным правом места нахождения вещи. Этот вопрос разрешается, соответственно, внутренним германским или французским правом: по германскому праву залог продолжает существовать и остается в силе. Иначе разрешает вопрос французское право[3].

---

[1] S. 22 (I), 24 (I) Sale of Gocds Act.

[2] *R. W. Lee*, Introduction to Rcman-Dutch Law, 202, note 2.

[3] Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque (в силу ипотеки не устанавливается вещного права на движимости при переходе их в другие руки)—гражданский кодекс, ст. 2119.

согласно которому залоговое право не может быть осуществлено, пока вещи находятся во Франции.

б) Наоборот: если, согласно праву места нахождения имущества, сделка не создала имевшегося в виду *ius in rem*, перемещение вещей в другую страну (в которой сделка привела бы к иному результату) не создает этого права.

Пример: англичанин добросовестно покупает на открытом рынке в Берне похищенную движимую вещь; он не приобретает права собственности. Перемещение этой вещи обратно в Англию не создает для покупателя права собственности. Он только сохраняет приобретенное им по швейцарскому законодательству право удерживать вещь в своем владении вопреки требованию действительного собственника, пока ему не будет возмещена уплаченная им в Берне сумма[1].

503. *Приобретательная давность (узукапия)*

в) Какое право следует применять, если имевшееся в виду вещное право (*ius in rem*) было создано (передано или прекращено) не в силу одного какого-либо факта, а в силу ряда последовательных фактов, и если в течение соответствующего периода места нахождения вещи переменилось? Этот вопрос возникает, в частности, в тех случаях, когда право собственности основано на давностном владении (узукапии) или когда утрата реального права основана на молчаливом согласии, имеющем место в течение длительного периода. В принципе решающим является право последнего места нахождения вещи, право, по которому определенный фактический состав, который еще не был завершен в прежнем месте нахождения вещи, получил полное завершение. Хотя все требования этого последнего места нахождения имущества должны быть выполнены, но нет необходимости в том, чтобы все они были выполнены в соответствии с нормой этого последнего места нахождения. Факты, имевшие место до перемены места нахождения имущества, приобретают теперь ту «юридическую ценность»[2], которую им дает новое право. Примеры:

(1) Во Франции приобретательная давность в отношении движимого имущества заканчивается в три, в Швейцарии в пять лет. *X*. добросовестно владеет во Франции движимым имуществом в течение двух лет; он берет это имущество в Швейцарию, где продолжает владеть им еще в течение трех лет; он тем самым становится собственником имущества[3].

---

[1] Швейцарский гражданский кодекс, ст. 934, § 2.

[2] Выражение Цительмана («Rechtswert»).

[3] Другая доктрина утверждает, что время, истекшее в старом месте нахождения имущества, должно приниматься во внимание пропорционально тому установленному законом периоду, который требуется со-

(2) Наоборот: после владения движимостью в Швейцарии в течение трех лет, владелец увозит его во Францию. По французскому праву он становится собственником, как только во Франции будет установлено действительное местонахождение движимости (*situs rei*). Если же он только приезжает из Швейцарии во Францию на одну неделю и затем возвращается обратно, забирая с собой вещи, он не может претендовать на право собственности на основе давностного владения.

(3) Английскому внутреннему материальному праву неизвестно право собственности, основанное на давностном владении. Если добросовестный владелец увозит с собой в Швейцарию движимость, которою он владел в Англии в течение трех лет, и если он продолжает владеть этим имуществом в Швейцарии еще в течение двух лет,—давностное владение осуществлено. То обстоятельство, что первые три года протекли в стране, не знающей института приобретательной давности, не является препятствием[1].

(4) Может случиться, что, согласно праву старого местонахождения вещей, владелец приобрел больше чем надежду (spes) на право собственности, но еще не приобрел *ius in rem*. По многим континентальным системам такое положение создается в тех случаях, когда собственник движимого имущества теряет его и другое лицо его находит. Германское и швейцарское право предоставляет нашедшему лицу «право» выжидания; это означает, что если собственник утерянного имущества остается неизвестным в течение определенного периода, нашедший приобретает право собственности, независимо от того, владеет ли он еще найденным имуществом или нет и владел он им добросовестно или недобросовестно. Это «право выжидания» представляет собой нечто большее, чем простое фактическое выжидание, которое имеет владелец, когда начинается течение срока приобретательной давности. Оно носит характер приобретенного права[2]. Поэтому это право не прекратится, если в течение установленного законом периода вещь окажется в стране,

---

гласно праву старого места нахождения. Владелец, осуществляя владение в течение двух третей требуемого французским законом периода, должен еще продолжить свое владение в течение одной трети швейцарского периода, т. е. в течение одного года и восьми месяцев (*Bar.* I, 638, *Meili* I, 397). Это решение, возможно, было бы правильным, если бы владелец, владея во Франции имуществом в течение двух лет, приобрел бы две трети права собственности. Zitelmann, II. 348. О других доктринах см.: Arminjon, Mélanges Pillet, I. 28 et seq.

[1] Против: *Frankenstein*, II. 80.

[2] Нашедший может отчудить имущество, заложить его своему кредитору и т. д. Личный кредитор может наложить на него арест. По смерти нашедшего имущество переходит к его правопреемнику.

в которой приобретение права собственности лицом, нашедшим потерянную вещь, неизвестно.

Пример: *X.* при посадке в Гамбургской гавани на корабль, отплывающий в Англию, нашел драгоценную вещь, должным образом уведомил полицию о своей находке и увез ее с собой в Англию. Действительный собственник вещи остался неизвестным. По германскому праву *X.* становится собственником находки по истечении одного года; по английскому праву он никогда не приобретает права собственности. Применению подлежит германское, а не английское право, так как *X.* нашел вещь в Германии и поэтому приобрел «право» на право собственности не в настоящее время, а по истечении года, если прежний собственник не обнаружится до истечения этого срока[1]. Иначе разрешался бы этот вопрос, если бы право нового места нахождения вещи содержало какую-нибудь позитивную норму, не совместимую с правом, надлежащим образом приобретенным лицом, нашедшим вещь, например, норму, устанавливающую, что право собственности на все потерянные вещи переходит к государству.

504. Владение

III. Законодательство места нахождения имущества применимо ко всем правам, которые, согласно этому законодательству, представляют собой *iura in rem.* Оно применяется также и к владению[2], и при этом не имеет значения, рассматривается ли владение как право или только как факт. Когда слуга осуществляет фактический контроль над движимым имуществом, то он может иногда, согласно праву места нахождения имущества, рассматриваться как его владелец[3], в то время как право домицилия хозяина рассматривает этого последнего как единственного владельца[4]; в этом случае решающим является право места нахождения имущества. Это же право отвечает также и на вопрос о том, имеет ли, кроме непосредственного владельца, например, лица, которому товары переданы на хранение, какое-либо второе лицо, например, депонент, вверяющий товары на хранение, какое-либо более отдаленное, косвенное, «подразумеваемое» владение, или же такое лицо имеет только личное договорное право требования. Несущественно, признается ли институт «косвенного» владения правом, свойствен-

---

[1] Ср. дело, решенное гамбургским апелляционным судом в 1904 г. у *Falkmann und Mugdan*, Entscheidungen der Oberlandesgerichte, 10, 114.

[2] Так, например, прямо сформулировано в новом итальянском гражданском кодексе (1938) Dispos. prelimin., ст. 12.

[3] *Pollock and Wright*, Possession, 1888, p. 60, 130, 138. R. v. Harding (1930) 142 L. T. 583.

[4] Например, в Германии: § 855 гражданского кодекса.

ным договору, заключенному между депонентом и лицом, которому вверены товары. Один австриец в период своих тесных деловых отношений с немецким купцом, которые в прямо выраженной форме были подчинены австрийскому праву, однажды заложил некоторые ценные бумаги, депонированные в германском банке в Берлине. Хотя в австрийском праве нет такого института как косвенное владение, германское местонахождение имущества поставило австрийца в положение «промежуточного владельца» в смысле германского права. Право места нахождения имущества, кроме того, разрешает вопрос о том, может ли владение перейти от одного лица к другому, и каким способом. Согласно некоторым правовым системам, например, по германскому и швейцарскому праву, владение *ipso iure* переходит к правопреемнику в случае смерти владельца; точно так же решается вопрос и по английскому праву, по которому правопреемник получает, по крайней мере, подразумеваемое владение. Другие правовые системы, например, румынская, не предусматривают перехода владения к наследнику. Вопрос о том, какую из этих норм следует применить, решается не правом, регулирующим правопреемство вследствие смерти, т. е. правом домицилия умершего, а правом места нахождения имущества[1], ибо право, регулирующее правопреемство, решает только вопрос о том, кто правопреемствует в отношении наследственного имущества, а не о том, что это имущество включает в себя.

505. *Lex situs не является решающим для договоров*

IV. Право места нахождения имущества регулирует только *iura in rem* (и владение). Оно не является критерием для договоров, связанных с соответствующей вещью. Как мы уже видели[2], договор, возлагающий на одну из сторон обязанность передачи права собственности другой стороне, регулируется свойственным ему правом, которое обычно, но не всегда, является правом места нахождения имущества. Кроме того, денежный долг, обеспеченный ипотекой или путем передачи права собственности, может регулироваться иной правовой системой, а не правом, применимым к обеспечению. Если собственник земельного участка берет взаймы деньги и обязуется дать в залог свою землю, то этот договор в соответствии с презюмируемым намерением договаривающихся сторон будет, как правило, регулироваться правом места нахождения вещи; но это опять-таки не обязательно бывает именно так. Когда обеспечение

---

[1] См. *Zitelmann*, II. 951.

[2] Выше, § 435, а в отношении право- и дееспособности и формы— § 499.

заключается в движимости или даже в нескольких движимостях, соглашение сторон о подчинении их обязательства праву места нахождения движимостей (или одной из них) указывает на их место нахождения в момент заключения договора. Если это место нахождения впоследствии меняется, обязательство регулируется правом старого места нахождения, между тем как *ius in rem* определяется фактическим местонахождением движимостей[1].

506. *Право, основанное на «справедливости»*

Права и выгоды, приобретаемые по праву справедливости, не бывают *iura in rem*; право собственности действует в отношении *лица*. Поэтому законодательство, регулирующее этого рода права, не обязательно должно быть правом места нахождения имущества, оно может быть законодательством места совершения договора или домицилия собственника или каким-либо иным «свойственным» данному правоотношению правом. Это положение особенно существенно в тех случаях, когда речь идет о залоге земли по праву справедливости—земли, расположенной в стране, где такого рода залог неизвестен[2], или когда находящийся за границей земельный участок составляет предмет доверительной собственности, причем фидуциарные отношения, которые могут быть созданы согласно закону места нахождения имущества, предоставляют лицу, в пользу которого осуществляется доверительная собственность (бенефицианту), меньше материальных прав, чем английское право предоставляет бенефицианту (cestui que trust)[3].

По американскому праву, права, основанные на праве справедливости, регулируются правом той страны, в которой находится земля или движимость, являющиеся объектом права[4].

507. *Сервитуты: situs praedium serviens является решающим*

V. *Ius in rem* определяется местонахождением вещи, являющейся объектом права, о котором идет речь. Всякая правовая система предусматривает права, которые не принадлежат

---

[1] То обстоятельство, что обеспечение и обязательство могут регулироваться различными правовыми системами, приводит к затруднениям и неудовлетворительным результатам, ср., например, дело Moulis v. Owen (1907) I K. B. 746.

[2] Re Courtney, ex parte Pollard (1840) Mont. and Ch. 239. British South Africa Co. v. De Beers Consolid. Mines. (1910) I Ch. 354, 387. In re Smith (1916) 2 Ch. 206. In re The Anchor Line (1937) Ch. 483, 488. Cp. *W. W. Cook*, 19 Columb. L. R. (1919) 486. *Swabenland*, 45 Yale L. J. (1936) 438. Croucher, Modern L. R. (1940) III. *Cavers*, 44 Harv. L. R. (1930—1931) 182. (Работа Лэнда о доверительной собственности в коллизионном праве не могла быть использована автором настоящей книги).

[3] См. ниже, § 508, № 3.

[4] Restatement, § 239 et seq., § 294.

какому-либо определенно указанному лицу, но собственнику определенного земельного участка как таковому. Примерами такого рода прав могут служить право прохода по чужой земле, земельная рента, установленная в пользу земельных собственников, и т. п. Такие права регулируются правом места нахождения не господствующего, а обслуживающего участка.

По Версальскому договору Германия отказалась в пользу Бельгии от прав и правовых титулов в отношении территории Эйпен и Мальмеди; в связи с этим в конкретном случае создалось такое положение, что угодья (сервитут), которые были установлены по германскому праву еще до войны, принадлежали земельному участку, остававшемуся германским, в то время как земля, обремененная этим сервитутом, теперь находилась по ту сторону границы. Она, следовательно, подчинялась уже бельгийскому праву; особенности *praedium dominans* (господствующего земельного участка) не имеют существенного значения.

508. Побочные права, связанные с iura in rem

VI. Право места нахождения имущества определяет все побочные права, связанные с *iura in rem.* Если место нахождения имущества переносится из одной страны в другую, то содержание вещного права также может измениться. Примеры:

1) По испанскому праву священные предметы (*res sacrae*) не могли отчуждаться. Такой предмет был привезен из Испании во Францию. Отчуждение стало возможным[1].

2) Кредитор-залогодержатель увозит заложенную у него вещь из страны X в свою новую резиденцию—страну Y. Начиная с этого момента право страны Y решает вопрос о том, вправе ли залогодержатель продавать залог в частном порядке или только с публичных торгов, может ли он продать его до наступления срока платежа в случае грозящей порчи залога или уменьшения его стоимости, или же он может, вместо продажи, принять залог как собственник, и т. д. Правда, осуществляя права, которые ему предоставляет законодательство нового места нахождения имущества, он тем самым может нарушить договор, заключенный между сторонами, ибо этот договор, т. е. договор залога, *contractus pigneraticius* римского права, регулируется свойственным ему правом, которое не меняется в результате последующей перемены места нахождения заложенной вещи.

3) Иногда правовая система нового места нахождения имущества не предусматривает права точно такого же рода, как то, которое было создано по законодательству старого места

---

[1] Tribunal de la Seine. J. Clunet. 1886, 593.

нахождения. В таком случае необходимо в новой правовой системе найти право, которое по своему характеру больше всего приближается к ранее созданному праву. Ограниченного права собственности английского доверительного собственника в германском праве не существует. Поэтому если имущество, представляющее собой доверительную собственность, привезено в Германию, права́, предоставленные бенефицианту английским законодательством, могут продолжать существовать только в пределах, признаваемых германским законодательством. Доверительный собственник становится фидуциарием, т. е. собственником, которому хотя не разрешается распоряжаться имуществом с нарушением прав и выгод бенефициария и который несет ответственность за любое нарушение своих обязанностей, но который, тем не менее, правомочен распоряжаться имуществом по своему усмотрению; даже незаконное отчуждение им такого имущества остается действительным[1].

509. Эквивалентность

Большие трудности вызывает решение вопроса о том, является ли какой-либо правовой институт, известный праву одной страны, эквивалентным (равноценным) сходному с ним институту, разработанному правовой системой другой страны, эквивалентным в том смысле, что в международном частном праве один из этих институтов может быть заменен другим[2]. При сравнении таких двух институтов их историческое происхождение не должно приниматься во внимание: английская доверительная собственность и мусульманский Wakf (вакуф) очень сходны друг с другом, несмотря на различие цивилизаций, создавших эти институты. Равным образом не является решающей их правовая структура: замена прав английского душеприказчика правами германского Testamentsvollstrecker не вызывает возражений, хотя английский душеприказчик является собственником имущества, между тем как его германский двойник таким собственником не является (последний имеет только право управлять имуществом, которое остается собственностью наследника). Вопрос первостепенной важности заключается в том, выполняет ли заменяющий правовой институт экономические и социальные функции заменяемого института, и в какой мере он выполняет эти функции.

510. Защита имущественных прав

VII. Во всех континентальных системах *lex situs rei* охватывает также и защиту вещных прав. Нам представляется сомни-

---

[1] Согласно § 137 германского гражданского кодекса.
[2] См. также ниже, § 567.

тельным, таков ли взгляд английского права. Английские суды, вероятно, предпочтут применить *lex fori* ввиду слишком широкого применения ими неясного термина «средства защиты» (remedy). Несколько примеров могут осветить этот спорный вопрос:

1) Некто, будучи лишен своего владения во Франции или Германии, предъявляет в Англии иск к нарушителю. Какое право определяет срок, в течение которого такой иск должен быть предъявлен?[1] Суд, вероятно, применит английское право. Какое право решает, может ли ответчик ссылаться на свое собственное право владения?[2] Здесь, вероятно, опять-таки будет применено английское право.

2) Собственник движимых вещей, похищенных у него в Германии и ныне находящихся во владении добросовестного приобретателя в Германии, предъявляет к последнему иск в Англии, ссылаясь на свое право собственности, т. е. иск о *rei vindicatio*. По германскому материальному праву собственник имеет право требования возврата самого имущества, а не уплаты его стоимости[3]. Применима ли эта норма в английском суде? Вероятно, нет[4].

БИБЛИОГРАФИЯ

См. выше, стр. 551

НЕМАТЕРИАЛЬНЫЕ ДВИЖИМОСТИ И ПЕРЕУСТУПКА ПРАВА НА НИХ

1. Простые денежные долги (*debts**)

511. Предварительные замечания

В Англии, как и во многих других странах, законодательство рассматривает требование одного лица к другому не только как «субъективное право», а также как объект другого права, т. е. как нематериальную вещь, на которую кредитор имеет «право собственности». Среди континентальных юристов

---

[1] По германскому праву иск должен быть предъявлен в течение одного года. Пропустив этот срок, прежний владелец утрачивает свое материальное право, а не только процессуальное право на защиту, как это имеет место при пропуске общегражданской исковой давности. Германский гражданский кодекс, § 864.

[2] Ср., например, германский гражданский кодекс, § 863, который исключает *exceptio ex iure possidendi*, с швейцарским гражданским кодексом, § 927, в котором оно допускается, если ответчик сразу докажет свое право.

[3] Гражданский кодекс, § 985.

[4] См., однако, in re Moses (1908) 2 Ch. 235.

* Слово «debt» (условно переведенное как «денежный долг» или «долговое требование») означает денежное обязательство, возникшее из договора и направленное на уплату определенной суммы—*Прим. ред.*

велась большая дискуссия относительно целесообразности такого взгляда. Определение кредитора как собственника своего права требования нам представляется ненужным и нелогичным повторением. Иногда, однако, такая оценка или, вернее, такая формулировка положения облегчает его понимание. Когда, например, кредитор *А.* закладывает свое право требования к своему должнику *Б.* у своего кредитора *В.*, положение становится проще, если мы будем рассматривать залогодержателя *В.* как имеющего право на чужую нематериальную вещь (*ius in re incorporali aliena*)—в противоположность *А.*, который в этом случае может быть назван собственником этой вещи, ее «хозяином» (*dominus*). То же положение сохраняет значение в том случае, когда кредитор по судебному решению признает на суде, в качестве части имущества своего должника, какое-либо требование этого своего должника к третьему лицу. Равным образом, при переуступке права на долговое требование можно назвать это требование нематериальной «вещью», право собственности на которую переходит от *А.* к *В.* В международном частном праве существенно установить, выражает ли эта формулировка подлинное правовое положение или же она является только образным словесным выражением. Трезвые и беспристрастные размышления приводят к тому простому выводу, что переуступка требования имеет своим последствием только то, что, начиная с даты переуступки, должник становится ответственным перед *В.*, вместо того, чтобы, как прежде, быть ответственным перед *А.*, что, следовательно, переуступка изменяет обязанность должника. Когда на обязательство воздействуют другие изменения, например, изменяется место или срок исполнения, или когда безусловная обязанность подчиняется какому-либо условию, то такого рода изменения осуществляются новым соглашением между кредитором и должником. Переуступка требования (цессия) отличается от такого положения в том отношении, что ее последствия могут быть порождены без участия должника, так как вполне достаточно наличия соглашения между цедентом и цессионарием. Но это различие не имеет существенного значения, поскольку это касается международного частного права.

512. Является ли право, свойственное цедируемому денежному требованию, решающим?

I. Имея в виду характер цессии как изменения содержания обязательства, казалось бы разумным, чтобы цессия регулировалась тем же правом, которым регулируется цедируемое долговое требование, т. е., если обязательство было создано по договору между цедентом и должником, то цессия регулируется

свойственным этому договору правом. Таково в действительности общепринятое мнение, выраженное в германском, швейцарском и скандинавском праве[1], и как Фут[2], так и Чешайр[3] рекомендует его как единственно практичное. Если свойственным договору правом будет английское право, то созданное этим договором обязательство должно оставаться подчиненным английскому праву в течение всего периода своего существования. Отсюда следует, что английское право должно решать, перед кем несет ответственность должник[4]. Практическое преимущество этой доктрины заключается в том, что если кредитор дважды переуступает одно и то же долговое требование в различных странах, то к обеим цессиям применяется одно и то же право. Обратная отсылка (renvoi), конечно, возможна: право, свойственное договору, из которого возник долг, может в отношении его цессии отсылать к другой правовой системе, например, к праву места совершения акта (т. е. цессии).

Нельзя, однако, с уверенностью утверждать, что доктрина, разработанная Футом и Чешайром, и есть доктрина, принятая английскими судами. Поскольку спорный вопрос касается приоритета различных цессионариев одного и того же долгового требования, Чешайр ссылается на дело Kelly v. Selwyn[5].

Фактическая сторона этого дела заключается в следующем. Сельвин, будучи домицилирован в Нью-Йорке и находясь там, переуступил своей жене свои основанные на праве справедливости права в определенном имуществе, управлявшемся в Англии на началах доверительной собственности. Доверительным собственникам не было сделано об этом никакого уведомления. Нью-йоркское законодательство не требует уведомления, английское требует. Три года спустя Сельвин переуступил те же права своему кредитору Келли, и об этой цессии были уведомлены доверительные собственники. Суд

---

[1] *Lewald*. 270: *Schnitzer*, Internat. Handelsrecht (швейцарское право) 218; также RVglHWB., IV. 386.

[2] *Foote*, p. 296.

[3] Pp. 444, 454.

[4] В частности, нет никакого основания к тому, чтобы цессию трактовать иначе, чем *stipulatio alteri* (договор в пользу третьего лица). Если *А.* и *Б.* заключают договор, согласно которому определенные платежи, причитающиеся с *Б.*, должны производиться не в пользу *А.*, а в пользу *В.*, то право, регулирующее этот договор, должно ответить на вопрос о том, приобретает ли *В.* тем самым право требования этих денег, и при каких условиях. Трудно понять, почему это должно быть иначе, если стороны по договору согласились о том, что деньги должны быть уплачены *А.*, и если *А.* на следующий день переуступает этот долг *В.*

[5] (1905) 2 Ch. 117, 121, 122.

признал, что применению подлежит английское право, так как имущество было английской доверительной собственностью, управляемой английским судом, и так как фонд был «создан английским завещателем, относительно которого можно полагать, что он совершил свое завещание, имея в виду английское право».

Это весьма краткое решение, таким образом, приводит два мотива: во-первых, что английское право применимо как *lex situs* и, во-вторых, что оно, возможно, применимо как право, свойственное завещанию, из которого обязательство возникло. Следовательно, все, что можно здесь сказать,—это что решение по делу Kelly v. Selwyn совместимо с доктриной, по которой цессии регулируются правом, свойственным сделке, из которой цедируемое обязательство возникло.

Эта доктрина, кроме того, положена в основу решения по делу Lebel v. Tucker[1], но это решение относится к специфическому случаю, в котором речь идет о переводных векселях, и едва ли будет правильно из этого решения выводить какой-либо общий принцип.

513. *Является ли решающим lex domicilii?*

II. Мы получим другое решение этой проблемы, если мы примем концепцию долгового требования как объекта прав. Если цессию такого требования следует рассматривать как передачу права собственности на нематериальную движимость, то это приводит к применению по аналогии норм, разработанных в отношении передачи права собственности на движимости. Мы уже видели, что эти нормы далеко не ясны и что английские судебные решения применяют для этих случаев три различных критерия[2]. Такую же, если не бо́льшую, неопределенность можно найти и в указанной концепции[3]. Критериями опять-таки являются *lex domicilii, lex loci actus* и *lex situs*. Исследуя ниже эти различные критерии, мы опускаем нормы, относящиеся к право- и дееспособности и к форме сделок, и будем рассматривать только право, применимое к действительности сделки по существу, и вопрос о последствиях цессии. Нормы о право- и дееспособности и форме сделок не отличаются от норм, применимых к заключению договоров[4].

---

[1] (1867) L. R. and Q. B. 77, 83. См. ниже, § 527, № 3.

[2] Выше, §§ 488, 491, 493.

[3] Судья Скраттон в решении по делу Republic de Guatemala v. Nunez (1927) I. K. B. 669, 688, подчеркивает то обстоятельство, что «английские источники скудны и неудовлетворительны», и многие авторы считали своим долгом выразить такое же разочарование.

[4] См. выше, § 499. Право- и дееспособность определяется домицилием; но если по праву домицилия право- и дееспособность отсутствует, то для действительности цессии достаточно, чтобы правоспособность существо

а) В соответствии со старой нормой, «движимое имущество следует за лицом» (хозяином) [*mobilia personam (domini) sequuntur*]; здесь мы имеем дело с доктриной, по которой решающим является домицилий собственника долгового требования или, по формулировке французских юристов: «*nomina personae creditoris inhaerent*» (долговые требования принадлежат личности кредитора). Начиная с XVI и вплоть до XVIII века, от Дюмулена до Фролана, эта норма была принята во Франции, хотя и не без хорошо обоснованной критики. Современная французская доктрина и практика совершенно отказались от выраженной в ней точки зрения[1]. Однако Стори[2] и под его влиянием некоторые английские авторы приняли ее. К счастью, ни одно английское решение не поддерживает этой теории. Против нее могут быть выдвинуты те же возражения, что и в случаях, когда речь идет о материальных вещах.

514. Является ли решающим lex loci actus?

б) Второй возможный критерий—это *lex loci actus*—право места совершения цессии. Согласно американскому Restatement[3], этот критерий принят в американском праве[4], и только вопрос о возможности цессии того или иного права, возникшего из договора, определяется правом места заключения договора[5]. Английские суды в нескольких случаях приняли тот же критерий, иногда как единственно возможный, иногда как альтернативу к праву домицилия. Основные решения по этому вопросу вынесены по делам: Lee v. Abdy[6], Republic of Guatemala v. Nunez (решения судьи Грир[7] и, в апелляционном суде, судьи Скраттон[8]) и In re Anziani[9]. По делу Lee v. Abdy муж, домицилированный и постоянно пребывающий в Капской колонии, цедировал на имя своей жены (также там постоянно пребывавшей), очевидно, в качестве дара, свои права, возникшие из его договора о страховании жизни с одной английской компанией; цессия была совершена

вала согласно *lex loci actus*. В отношении формы акта остается под сомнением, является ли *lex loci actus* исключительно решающим или существует возможность применить право, регулирующее существенные элементы цессии.

[1] *Niboyet*, Manuel, p. 819.

[2] *Story*, § 362.

[3] §§ 348—350.

[4] См. *Goodrich*, p. 362.

[5] Во Франции также иногда применялся *lex loci actus*. См. J. Clunet, 1908, 1118. Но применение *lex loci actus* там не является господствующей доктриной.

[6] (1886) 17 Q. B. D. 309, 313.

[7] (1926) 42 T. L. R., 625, 95 L. J. (K. B.). 955.

[8] (1927) I K. B. 669, 688.

[9] (1930) I Ch. 407, 420 (*per Maugham J.*).

в Капской колонии. По южноафриканскому праву дарение между мужем и женой недействительно; по английскому праву—оно действительно. Суд применил южноафриканское право, так как оно было правом места совершения цессии (*lex loci actus*). Но оба судьи (Дай и Уиллз) добавили, что оно также было и правом домицилия цедента и цессионария.

Решение по гватемальскому делу (Guatemala case) в такой же малой степени может служить источником информации, хотя все трое судей апелляционного суда были единодушны в своих выводах, но каждый из них привел другие мотивы.

Фактический состав гватемальского дела был таков. В 1906 г. президент республики Гватемала Кабрера депонировал некоторую сумму денег в лондонском банке; в 1919 г. он переуступил свое право требования к банку как дар своему внебрачному сыну *N*. В 1920 г. президент был свергнут и заключен в тюрьму. Республика требовала выдачи ей депонированных денег, мотивируя это тем, что Кабрера незаконно присвоил государственные средства, и Кабрера, возможно, по принуждению, затем переуступил право на эти деньги республике. Но эта цессия была признана недействительной. Перед английским судом встал вопрос о действительности цессии на имя *N*. Если бы было применено английское право, цессия была бы действительной. По гватемальскому праву она считалась недействительной по двум основаниям: во-первых, потому, что она не была совершена по форме, предписанной гватемальским правом, и, во-вторых, потому, что N не только не принял дара, но, как несовершеннолетний, не обладал правоспособностью на его принятие.

Английские суды (судья Грир, подтверждено апелляционным судом) признали, что по обоим пунктам подлежало применению право Гватемалы. Судья Скраттон утверждал, что в отношении вопроса о право- и дееспособности[1] подлежит применению либо *lex domicilii*, либо *lex loci actus* и что *lex loci actus* регулирует форму акта[2]. Действительность цессии по существу не была предметом спора. Но, повидимому, позднее решение судьи Скраттона было понято судьей Мом в том смысле, что оно относится не только к форме, но и к существу цессии. Во всяком случае, судья Мом принял норму, по которой существо цессии регулируется исключительно *lex loci actus*. Он применил эту норму по делу Анциани[3], по которому замужняя женщина переуступила в Риме английское право требования к доверительным собственникам, имею-

---

[1] Это неопровержимо, см. выше, § 499.

[2] Мы видели, §§ 426—428, что принудительный характер нормы *locus regit actum* находится под серьезным сомнением.

[3] (1930) I Ch. 407.

ним свое место постоянного пребывания в Англии. По итальянскому праву цессия считалась недействительной не только в отношении формы, но и по существу[1]. Суд применил *lex loci actus*, т. е. итальянское право. Два других решения[2], часто приводимые в пользу принципа *lex loci actus*, не должны приниматься во внимание, когда предметом спора является цессия простого обязательства; оба эти решения имеют своим предметом вопрос об оборотных документах, и в обоих случаях *locus actus* был идентичен с *situs cartae* (место нахождения документа). Имея в виду приведенные выше английские решения, нельзя утверждать, что подчинение цессии обязательств праву места их совершения считается твердо установленным в Англии, и нет никакого основания сожалеть об этом. Определять цессию по праву места ее совершения значит избрать наименее существенную из всех коллизионных привязок, здравый смысл заменить случайностью.

515. *Является ли решающим lex (quasi-) situs?*

в) Третий возможный критерий—это право места нахождения имущества (*lex situs*). Так как обязательства не имеют никакого реального *situs*, необходимо отыскать в сфере нематериальных вещей нечто, соответствующее этому понятию. Это нечто было названо квазиместонахождением (*quasi-situs*)—*quasi-locality*, точно так же, как в нормах о владении квазивладение (*quasi-possessio*), сервитуты в римском праве, патронатство (право представлять на занятие духовной должности) или другие постоянные права в каноническом праве сравниваются с подлинным владением или с физическим контролем над материальными вещами. Так как квазивладение каким-либо правом заключается в пользовании этим правом и в его осуществлении, то квазиместонахождение (*quasi-situs*) какого-либо права можно найти в том месте, где этим правом обычно пользуются или где оно обычно осуществляется. Когда речь идет об обязательстве, таким местом будет место, где обязательство «может быть должным образом погашено»[3].

---

[1] Так, по крайней мере, утверждал итальянский юрист, дававший показания. К удивлению, суд принял эти показания, хотя он нашел «эти вопросы несколько запутанными с точки зрения английского юриста» (стр. 418). Это—одно из тех решений, которое доказывает неблагоприятные результаты нормы, по которой иностранное право должно рассматриваться как факт.

[2] Alcock v. Smith (1892) I Ch. 238. Embiricos v. Anglo-Austrian Bank (1904) 2 K. B. 870; (1905) I K. B. (C. A.) 677. См. ниже, § 528.

[3] Swiss Bank Corp. v. Bohemische Industrial Bank (1923) I K. B. (C. A.) 673, 678. Sutherland v. Administrator of German Property (1934) I K. B. (C. A.) 423, 430, 431.

Как правило,—это место постоянного пребывания должника[1]. Должник может иметь больше чем одну резиденцию, и тогда может существовать больше чем одно место, где может быть получено погашение по обязательству; несколько судов могут обладать юрисдикцией на принятие иска против должника. *Situs* в этом случае будет находиться в том месте, где обязательство нормально подлежало бы исполнению или где нормально можно было бы требовать его исполнения. Если, например, должником является банк, имеющий свои отделения в различных странах, то *situs* денежного долга, следуемого банком его клиенту, находится в том отделении, в котором ведется счет клиента[2].

Определение места нахождения долга существенно с юридической точки зрения не только для того, чтобы установить право, подлежащее применению к данной цессии, но также и для того, чтобы осуществить юрисдикцию, утвердить завещание или выдать свидетельство на управление, или для того, чтобы истолковать приказ о мирном договоре 1919 г.[3] или закон о налоге на имущество, находящееся в какой-либо данной стране. Неясно, будет ли понятие «квазиместонахождение» одно и то же, независимо от того, в связи с чем оно употребляется. Нормы, разработанные в налоговом праве, не могут быть механически перенесены в сферу международного частного права; равным образом не могут судебные решения, вынесенные в одной области права, трактоваться как обязывающие прецеденты в какой-либо другой области. В Соединенных Штатах, например, денежный долг считается находящимся там, где кредитор имеет свое место постоянного пребывания, если речь идет об обложении налогом его имущества, между тем как при выдаче свидетельства на управление—*situs* определяется резиденцией должника[4]. Так же и в английских делах о государственных сборах акции иностранной компании рассматриваются как находящиеся в месте ведения торговли, в то время как их передача определяется правом того места, где ведется их регистрация[5]. Доктрина,

---

[1] New York Life Insurance Co. v. Public Trustee (1924) 2 Ch. (C. A.) 101, 119. Действующая норма во французских судах также указывает на резиденцию должника. См. *Niboyet*, Manuel, p. 820.

[2] R. v. Lovitt (1912) A. C. (P. C.) 212, 218, 219. Joachimson v. Swiss Bank Corp. (1921) 3 K. B. 110, 127. Richardson v. Richardson (1927) P. 228, 231, 232. Clare and Co. v. Dresdner Bank (1915) 2 K. B. 576, 578.

[3] Раздел I, подраздел 16, трактующий о «принадлежащем германским гражданам всяком имуществе, правах и интересах в доминионах или протекторатах его величества»; см. Favorke v. Steinkopff (1922) I Ch. 174.

[4] *Goodrich*, p. 83, 401.

[5] Bradbury v. English Sewing Cotton Co. (1923) A. C. 744, 753. См. Companies Act 1929, s. 103, 104 (4).

провозглашающая *lex situs* подлинным критерием для определения права, подлежащего применению к цессии денежных долгов, особенно поддерживается Вестлейком[1] и Дайси[2]. Эта доктрина представляет собою лучшую аналогию с доктриной *lex situs* в ее применении к передаче материального имущества. Она послужила основанием для решения, вынесенного судьей Лоуренс по гватемальскому делу[3]. По делу Queensland судья Норс оставил открытым вопрос о том, применимо ли к цессии право домицилия, но признал, что цессия безусловно действительна, если она была действительна согласно своему *lex situs*[4]. В том случае, когда на денежное требование, принадлежащее ответчику (должнику по судебному решению), наложен арест кредитором по судебному решению, такое наложение ареста ставит кредитора по судебному решению в положение цессионария, а цессия заменяется соответствующим судебным приказом. Несомненно, что в таком случае *situs* денежного долга, на который наложено запрещение, является решающим[5]; но этот *situs* большей частью совпадает с местом переуступки прав по суду, т. е. *locus actus*. Наконец, дело Модслея[6] было решено на основании доктрины *lex situs*. Фактические обстоятельства дела были таковы: английский кредитор *А*. одной английской компании *Б*. предпринял перед судом во Франции необходимые действия для наложения ареста на долг, причитающийся *Б*. от французской фирмы *В*. Этот денежный долг подчинялся французскому праву и «находился» во Франции. Вопрос заключался в том, действителен ли арест в отношении держателей облигаций компании *Б*. По английскому праву держатели облигаций имеют подлежащее принудительному исполнению требование на активы компании *Б*., включая и французский долг; и право справедливости склонялось на их сторону—против кредитора *А*., наложившего арест на долговое обязательство. Но по французскому законодательству преобладало право *А*., и было применено французское право как право «местонахождения или квазиместонахождения» денежного долга. Это решение, однако, не разъясняет интересующего нас вопроса, ибо французское право вместе с тем было также и правом места наложения ареста (*lex loci actus*) и в то же время, правом, свойственным

---

[1] § 50, p. 202.
[2] Правило 153 (с некоторыми ограничениями, см. правило 154).
[3] (1927) I K. B. 669, 695, 696.
[4] (1891) I Ch. 536, 545. Решение апелляционного суда (1892, 1 Ch. 219, 226), основывалось на совершенно иных соображениях.
[5] Swiss Bank Corp. v. Boehmische Industrial Bank (1923) I K. B. 673.
[6] (1900) Ch. 602, 610, 611.

договору, из которого возник долг. Такое же совпадение *lex debiti* с *lex situs* можно найти также и в деле Kelly v. Selwyn[1].

516. Выводы

Право домицилия кредитора отвергается в качестве критерия, но еще не установлено, должна ли цессия определяться правом, свойственным сделке, по которой возник долг, правом места совершения цессии или правом места нахождения долга. Надо надеяться, что в конце концов получит преобладание первая из этих трех перечисленных систем.

517. Цессия и договор между цедентом и цессионарием

III. Каков бы ни был подходящий критерий, подлежащий применению в отношении цессий, необходимо избегать возможной путаницы по следующему поводу: такое же различие, какое в отношении материальных вещей проводится между передачей самого права собственности и лежащим в основе этой передачи договором, должно проводиться и в отношении нематериальных вещей. Лицо, передающее право (цедент), может переуступить следуемый ему долг посредством продажи, мены, или в качестве дара, или вместо уплаты долга, который он должен цессионарию. Как правило, цессия и договор продажи и т.д., образующий ее базис, совпадают во времени; часто оба эти соглашения сформулированы в одном и том же документе. Но юридически они представляют собой два отдельных акта. И если правильно, что цессия регулируется правом, свойственным договору, который создал цедируемый долг[2], то это положение не применяется в отношении д о г о в о р а между цедентом и цессионарием. Такой договор имеет свое собственное, свойственное ему право, которое не должно обязательно быть тем же правом, которое регулирует отношения между цедентом и должником. Следующая иллюстрация может показать, в чем заключается сущность спорного вопроса. *А.* продает *Б.* определенные товары за 100 фунтов, подлежащих уплате спустя три месяца после поставки товаров, и эта сделка регулируется английским правом. Затем *А.* продает и переуступает во Франции причитающееся ему долговое требование французу *В.*, а *В.* немедленно выплачивает долг во франках. Продажа требования подчинена французскому праву, но английское право решает вопрос, о том, стал ли *В.* кредитором *Б.* на 100 фунтов. Если, однако, *Б.* просрочит уплату долга и станет банкротом, то французское право решит вопрос о том, какие права имеет *В.* в отношении *А.*, может ли он требовать

[1] (1905) 2 Ch. 117, 122.
[2] Как это предлагалось выше, § 512.

уплаты 100 фунтов, или возврата уплаченной им суммы франков, или возмещения убытков, имеет ли он право на получение процентов и в каком размере[1].

518. *Цессия в силу закона*

IV. Все, что верно относительно цессии посредством соглашения, верно также и в отношении недобровольной (ненамеренной) переуступки долгов. Примеры: передача, основанная на судебном действии; замена прежнего должника новым должником в силу закона, как это имеет место (кроме универсального правопреемства вследствие смерти или банкротства) во многих случаях особого правопреемства в отношении отдельного долга, то, что континентальные юристы назвали *cessio legis* (цессия в силу закона). Такую переуступку права в силу закона можно, в частности, найти в тех случаях, когда поручитель производит платеж кредитору и тем самым приобретает (*par subrogation légale*—в силу законного замещения) права кредитора в отношении главного должника. Хотя такой или сходный с ним принцип существует почти во всех странах, детали разработаны различным образом. По римскому праву и согласно балтийскому кодексу 1864 г. поручитель не приобретает права требования кредитора *ipsa lege* (в силу самого закона), он только вправе требовать от кредитора явно выраженной переуступки права, он обладает преимущественным правом на иск о переуступке (*beneficium cedendarum actionum*)[2]. По большинству правовых систем переход права имеет место в силу закона[3]. Согласно швейцарскому праву поручитель не может отказаться от своего права (требования), пока он не уплатил долга кредитору[4]; все прочие правовые системы безоговорочно признают действительность отказа от права требования. Какое право определяет эти и много других деталей? Принцип *lex loci actus* здесь, очевидно, неприменим, так как не существует никакого акта (actus) о передаче (если только не рассматривать платеж, производимый кредитором, в качестве такого акта). Доктрина *lex situs* приводит к праву места постоянного пребывания главного должника, и этот вывод обычно совпадает с тем решением, которое должно считаться самым

---

[1] Лучшую трактовку этой сложной проблемы дает *Lewald*, p. 274 et seq.

[2] Дигесты 46, I, 36.

[3] Английское право: Mercantile Law Amendment Act, 1856 (19 and 20 Vict., C. 97), s. 5. Re McMyn (1886) 33 Ch. D. 575. Французское право: гражданский кодекс, ст. 2029, 1251, 3. Германское право: гражданский кодекс, § 774.

[4] Швейцарское обязательственное право, ст. 505, 2.

лучшим, т. е. с решением, которое определяет цессию по праву, свойственному сделке, из которой возник долг главного должника.

2. Другие права

519. *Цессия иных обязательств, кроме денежных долгов*

I. Нормы, разработанные для простых денежных долгов, в одинаковой мере применяются и к другим правам. Как способность этих прав подвергаться переуступке, так и их переуступка зависят, вероятно, или должны зависеть от права, по которому они возникли и которому они подчиняются. Это, в частности, относится:

1) К обязательствам, отличным от денежных долгов (*debts*), например, к обязательствам, возникающим из правонарушений, квазидоговора или права на получение содержания. Могут ли такие права переуступаться и, в случае положительного ответа, в какой мере,—все это может разрешить только право, регулирующее то правоотношение, из которого эти права возникают. Если правонарушение совершено в Англии, право на возмещение убытков не может быть переуступлено, даже если заинтересованные стороны являются домицилированными немцами и цессионарии предъявляют иск к Германии.

520. *Цессия акций*

2) К правам, вытекающим из членства (или акций) в компании. Эти права регулируются личным законом компании[1] и могут переуступаться, если указанный закон это допускает, и только в предписываемом им порядке. Если в соответствии с этим личным законом компании акция была выражена в форме какого-либо документа, то этот же закон определяет юридическое значение такого документа. Когда документы выпущены на предъявителя[2], личный закон компании обычно предоставляет решение всех вопросов, относящихся к передаче этих документов, праву, регулирующему передачу материальных движимостей[3]; самое право, вытекающее из документа, трактуется так, как если бы оно было материальной вещью. И если будет правильно подчинить передачу материальных вещей праву места их нахождения[4], то передача таких акций будет регулироваться *lex situs cartae* (правом места на-

---

[1] Об этом см. выше, §§ 279—281.

[2] Это является общепринятой практикой в Германии и в других континентальных странах. Об английских предъявительских акциях см. ст. 70 Закона о компаниях (Companies Act) 1929 г.

[3] Colonial Bank v. Cady (1890) 15 L. R. App. Cas. 267, 283.

[4] Об этом споре см. выше, §§ 491, 492.

хождения документа). Поэтому от места нахождения (*situs*) документа зависит, переходит ли право собственности к покупателю без фактической передачи документа, как это предусматривает английское и французское право, или же передача признается существенной, как по германскому праву[1]. *Lex situs cartae,* кроме того, решает, могут ли похищенные акции быть законно переданы добросовестному покупателю без уведомления, как это установлено в большинстве правовых систем, или же такая передача невозможна. Когда на акции обозначено имя ее держателя, то по большинству правовых систем такая акция может быть передана посредством передаточной надписи (индоссо), фактической передачи и регистрации. В этом случае опять-таки личный закон компании предоставляет регулирование всех деталей передачи праву того места, где находится «право членства». Но в противоположность предъявительским акциям, акции, переходящие к другому лицу посредством передаточной надписи, вручения и регистрации, считаются находящимися в том месте, где ведется регистрация держателей акций.

Если существует более чем одно место регистрации (отделения регистрации), решающим является то место регистрации, в котором данная отдельная акция может быть передана[2], и только если возможен выбор между двумя местами, в которых такая передача может быть совершена, спор будет разрешен правом места нахождения самого свидетельства[3].

521. Переуступка патентов, авторского права и т. д.

3) К патентам, фабричным рисункам, торговым маркам и авторским правам. Старая доктрина, господствовавшая в те времена, когда права этого рода только начали свое существование, рассматривала их как носящие характер личных привилегий или монополий, предоставленных сувереном или государством. Хотя от этой доктрины, к счастью, уже отказались, одно из ее последствий все же сохранилось—именно, государство будет защищать только такие патенты, рисунки, торговые марки и авторские права, которые оно само предоставило в форме особого акта (привилегии) или в форме общего закона. Ни одно государство не применяет иностранного права по вопросам, касающимся патентов, авторских и тому подобных прав,

---

[1] См., с одной стороны, английский Закон о продаже товаров (Sale of Goods Act, 1893, § 18, r. I), французский гражданский кодекс, ст. 1138, § 2, с другой стороны—германский гражданский кодекс, § 929.

[2] Att.-Gen. v. Bouwens (1838) 4 M. and W. 171, 191. Brassard v. Smith (1925) A. C. 371. Erie Beach Co. v. Att.—Gen. for Ontario (1930) A. C. (P.C.) 161, 167, 168.

[3] R. v. Williams (1924) A. C. (P. C.) 541, 549.

и не признает прав этой категории, созданных по иностранному праву. Права изобретателя, получившего патент в стране X, будут защищаться только в этой стране X. Если он нуждается в защите своего изобретения в стране Y, он может ходатайствовать в этой стране о выдаче второго патента, а не о признании первого патента. Таким образом, к одному и тому же изобретению могут относиться несколько патентов, каждый из которых действителен только в пределах определенной территории и регулируется правом того государства, которое предоставило данный патент.

Законодательство, по которому возникло право на патент, применяется и к переуступке этого права; то же относится и к авторским правам, торговым маркам и фабричным рисункам. Распоряжение такими правами путем отчуждения, залога или предоставления исключительного права (например, на использование изобретения в определенном районе), несомненно, не может зависеть от *lex loci actus*, если такое распоряжение правом имеет место в иностранном государстве. Право, регулирующее патент и т. д., по этой причине всегда идентично с *lex situs*[1].

522. *Переуступка iura in rem*

4) *Iura in rem* также могут быть предметом какого-либо акта распоряжения. Допустимость такой сделки, способ распоряжения и его последствия, несомненно, определяются правом, регулирующим само вещное право (*ius in rem*); место нахождения (*situs*) этого права совпадает с местом нахождения материальной вещи, служащей объектом этого права.

Примеры. а) Германский землевладелец создает в пользу своего английского кредитора «Grundschuld», т. е. ипотеку, не зависящую от существования долга; кредитор получает от германской земельной регистратуры документ, предоставляющий ему право распоряжаться ипотекой путем ее переуступки и фактической передачи. Не может быть никакого сомнения в том, что передача, хотя и осуществляемая в Англии, регулируется германским правом и должна рассматриваться в Англии как действительная, даже если требование, обеспеченное этим документом (Grundschuld), не переуступлено лицу, которому передан самый документ.

---

[1] Решения по делу Smelting Co. of Australia v. Commissioners of Inland Revenue (1896) 2 Q. B. 179; (1897) Q. B. (C. A.) 175, касаются только налогового права и толкования ст. 59 Закона о герб. сборе (Stamp Act) 1891 г.; текст этого закона составлен так, что апелляционный суд мог объявить (устами лорда Эшер), что о патенте «нельзя сказать, что он существует в каком-либо месте»; (1897) I Q. B. 180. Это решение не затрагивает вопроса о том, какое право применимо при передаче прав на патент.

б) *А.* закладывает драгоценности у своего кредитора *Б.* посредством передачи вещи в стране *X*; *Б.* увозит эти драгоценности в страну *Y*, где он закладывает свое право залога своему кредитору *В.* Вопрос о том, получает ли таким образом *В.* действительный subpignus (подзалог), разрешается правом страны *Y*, так как место нахождения права *Б.* идентично с местом нахождения заложенной вещи (*situs rei pigneratae*). То же право определяет побочные обстоятельства (права) подзалога.

523. Письменные документы. 1) Только в качестве доказательства

II. На первый взгляд кажется необходимым установление квалифицированных норм для тех случаев, когда денежное требование (или другое право) содержится в письменном документе. Такой документ мог быть составлен и вручен кредитору по одному из следующих соображений:

1) Только для того, чтобы снабдить его доказательством. Пример—расписка, указывающая на обязательство уплаты долга. Такой кусок бумаги не имеет значения ни для целей внутреннего материального права, ни для международного частного права. Если кредитор переуступает свое право третьей стороне, действительность этой цессии не зависит от того, был ли документ вручен цессионарию[1]. Подлежащее применению право определяется, таким образом, как если бы такая бумага не была выдана.

524. 2) Документы, создающие обязательство

2) Документ создает обязательство, например, документ за печатью (deed) [23] в случае установления обязательства без встречного удовлетворения. [20] Или, если действительный устный договор уже существует, договорное обязательство новируется выдачей документа за печатью: старое обязательство погашается выдачей такого документа, и вместо него возникает новое обязательство. Такие примеры можно найти в тех случаях, когда документ «повторяет» ранее существовавшее обязательство или когда судебное решение по английскому и, возможно, по римскому праву заменяет собой старый денежный долг[2] установлением долга по судебному решению (judgment debt). Здесь возникают два самостоятельных вопроса. Во-первых, имеет ли документ за печатью или судебное решение

---

[1] Хотя может существовать—и, как правило, существует—обязательство со стороны цедента передать документ цессионарию.

[2] *Novatur indicati actione prior contractus*, Cod. Just.—7. 54, 3, 2. Gai, Inst. III. 180. Иначе современные континентальные системы.

своим последствием новацию обязательства? Ответ на этот вопрос дается правом, свойственным старому обязательству (которое решает, прекратилось ли это старое обязательство или нет), вместе с правом документа за печатью или «правом суда», вынесшего решение (это право определяет, создает ли документ за печатью или судебное решение новое обязательство)[1]. Во-вторых, если новация (merger) имела место, то какое право регулирует переуступку права по новому обязательству? Английская коллизионная норма дает, повидимому, такой ответ: это—право места нахождения (*situs*) документа за печатью или решения в момент совершения документа за печатью или вынесения решения[2]. Можно, однако, сомневаться в том, насколько такая норма, ни в какой другой стране не известная, целесообразна. Почему законодательство, подлежащее применению при переуступке права, должно определяться местом нахождения документа, необходимого для создания какого-либо права, а не для осуществления и, в частности, не для переуступки этого права? Утверждали, что «денежный долг, совершенный за подписью и печатью, имеет характер материального существования, благодаря чему его место нахождения может быть установлено с полной определенностью»[3]. Это соображение едва ли убедительно. Обязательство, оформленное в виде документа за печатью, не затрагивается в случае потери или уничтожения документа; если прежнее существование этого обязательства и его содержание могут быть доказаны, то право может быть осуществлено без документа. Это право может быть передано, как и всякое иное устное обязательство, без передачи документа. Приписывание материального существования нематериальной вещи могло бы считаться обоснованным, если бы распоряжение вещью требовало распоряжения документом. И это приводит нас к третьей группе документов.

525. 3) *Документы, выпущенные для обращения*

3) Документы, созданные в интересах обращения и оборота (оборотные документы в более широком смысле этого понятия)[4]. Эти документы могут быть выпущены на предъя-

---

[1] Ср. *Pillet*, Traitè prat. II. 214; *Frankenstein*, II. 285.

[2] Toronto General Trusts Corporation v. The King (1919) A. C. (P. C.) 679, 683 (касается, однако, только обложения налогом). Att.—Gen. v. Bouwens (1838) 4 M. and W. 171, 191. (per *Abinger, C. B.*).

[3] Commissioner of Stamps v. Hope (1891) A. C. 476, 480, 482.

[4] В строгом смысле этого понятия документ определяется как оборотный только если: а) передача права, выраженного в бумаге, требует передачи права собственности на бумагу, б) добросовестный покупатель за встречное удовлетворение без уведомления имеет «действительный пра-

вителя или по приказу первого кредитора. Они по существу являются средством передачи содержащегося в них обязательства. Документ этого типа действительно может быть назван юристами, предпочитающими метафоры и образное описание вместо точных выражений,—«телом» нематериальной вещи. Обязательство, будучи нематериальным, становится как бы материальным. Во всяком случае, кредитор, желающий распорядиться обязательством, должен распорядиться своим правом собственности на бумагу; обязательство следует за документом, а не документ за обязательством. В международном частном праве необходимо ответить на два основных вопроса:

а) Какое законодательство решает, является ли какой-либо определенный документ оборотным в этом смысле? Ответ гласит: то законодательство, которое регулирует право, содержащееся в документе. По английскому внутреннему материальному праву переводный вексель может быть выписан с платежом предъявителю; в этом случае он является оборотным документом. Германское право запрещает включение в вексель оговорки о предъявителе и делает такой вексель недействительным и необоротным. Английский предъявительский вексель будет оборотным в Германии, германский же предъявительский вексель, вероятно, не будет оборотным в Англии, ибо ни один купец не купит такого векселя, зная, что он не может получить платежа от акцептанта и векселедателя (трассанта). Существует еще одна английская норма, по которой документ является оборотным только в Англии, если это установлено законом или обычаем английской торговли[1]. Имеют место и случаи, когда облигации, выпущенные в какой-нибудь стране, в которой они были оборотными и регулировались правом этой страны, в Англии не признаются как оборотные в силу какого-либо обычая английской

вовой титул, независимо от того, был ли какой-либо дефект в правовом титуле того лица, у которого он приобрел бумагу», и в) права добросовестного покупателя не затрагиваются возражениями, действительными против претензий какого-либо прежнего держателя бумаги. Simmons v. London Joint Stock Bank (1891) I Ch. (C. A.) 270, 294; Picker v. London and County Banking Co. (1887) 18 Q. B. D. (C. A.) 515; The Marlborough Hill (1921) I A. C. (P. C.) 444, 452; (относящиеся к коносаментам). Дайси, правило 176. Условия «б» и «в» не всегда можно отличить одно от другого; имеются, в частности, документы, например, акции по германскому праву, удовлетворяющие условиям «а» и «б», но не отвечающие условию «в». В более широком смысле слова все документы, удовлетворяющие требованию «а», являются оборотными, и передача всякого рода таких документов (вероятно) регулируется *lex situs cartae.*

[1] Такой обычай мог сложиться в очень короткое время. Edelstein v. Schuler and Co. (1902) 2 Q. B. 144, 154.

торговли или фондовой биржи[1]; они, следовательно, не будут оборотными в Англии.

б) Какое законодательство решает, каким образом оборотные документы и содержащиеся в них права могут передаваться и каково действие передачи? Выбор может быть сделан между правом, свойственным передаваемому обязательству, правом места нахождения документа (*lex situs cartae*) в момент передачи и правом места совершения передачи (*lex loci cessionis*). Это последнее положение было выдвинуто в решениях по делам Alcock v. Smith и Embiricos v. Anglo-Austrian Bank[2] и фактически приводит к такому же результату, что и доктрина *lex situs*. Одно несомненно[3]: ответ должен быть единый как в отношении передачи обязательства, так и в отношении передачи права собственности на документ. Разные ответы на этот вопрос были бы нецелесообразны[4]. В принципе решающим должно быть право, свойственное обязательству, потому что значение имеет не ничего не стоящий клочок бумаги, а содержащееся в нем право, так же как покупателю вина, хранящегося в погребе, не обязательно передается ключ от погреба. Но по большей части[5] свойственное обязательству право самоустраняется и отсылает к *lex situs cartae*. Если какой-либо документ, подлежащий оплате

---

[1] Некоторые прусские облигации в Англии рассматривались как оборотные, другие как необоротные. Сравни Gorgier v. Mieville (1824) 3 B. and C. 45, с делом Picker v. London and Country Banking Co. (1887) 18 Q. B. D. (C. A.) 515.

[2] Выше, § 492. О Законе о векселях 1882 г. см. выше, § 528.

[3] По крайней мере, когда в документе содержится только одно обязательство или когда, при включении в документ нескольких обязательств, все они регулируются одним и тем же правом.

[4] Против: Франкенштейн, II. III (см. об этом *Duden*, p. 68). Эта проблема была исчерпывающе исследована Институтом международного права; *Annuaire*, 21 (1906) 409.

[5] Хотя и не всегда. Наиболее известный пример представляет собой французский Закон от 15 июня 1872 г., ст. 12. Согласно этому закону, собственник бумаги на предъявителя (titre au porteur) может, в случае утраты этой бумаги или ее похищения, заявить о возражении (opposition), которое публикуется в определенном порядке и имеет своим последствием то, что ни один добросовестный приобретатель не может стать собственником документа. Это правило применяется к обязательствам, регулируемым французским правом, даже и в том случае, если документ был продан и вручен за границей и если бы, согласно праву *situs cartae*, покупатель мог приобрести право собственности. В этой коллизии между французским правом, свойственным обязательству, и иностранным правом места нахождения документа (*situs*) преимущество должно быть на стороне французского права, так как французское право должно ответить на вопрос, в каких случаях какой-либо определенный документ, созданный по французскому праву, перестает быть titre au porteur (предъявительским); это и есть именно то, что влечет за собой публикация «возражения». Противоположный взгляд, которого придерживаются Франкенштейн и Дуден, стр. 76, нам представляется несостоятельным.

предъявителю, был законно создан по свойственному этому договору праву, то право места нахождения документа определяет способ распоряжения документом, обычно объявляя в прямо выраженной или подразумеваемой форме, что передача бумаги и обязательства должна совершаться в соответствии с нормами о передаче материального имущества[1]. Когда, например, *lex situs cartae* отказывается от принципа *nemo dat quod non habet* (никто не может дать того, чего он сам не имеет) в пользу добросовестного покупателя, то это благоприятствует лицу, которому передаются права, содержащиеся в таком документе. Положение несколько более сложно, если документы выписаны не на предъявителя, а на точно обозначенное лицо или приказу этого последнего и могут (согласно свойственному обязательству праву) передаваться посредством передаточной надписи (индоссо) и вручения документа лицу, которому имело в виду передать документ. Такое же положение создается в том случае, когда передача акций, принадлежащих какой-либо компании, находящейся в стране *X* (согласно праву этой страны), требует передаточной надписи, вручения или замены в регистре держателей акций имени передающего лица именем покупателя. В таких случаях законодательство, регулирующее выраженное в документе право, предоставляет *lex situs cartae* регулировать только часть всего акта передачи. Право места нахождения отвечает на такого рода вопросы: что необходимо для вручения (фактической передачи) документа? Можно ли физическую передачу заменить каким-либо иным способом, например, соглашением сторон, по которому лицо, передающее бумаги, продолжает ими владеть в качестве залогодержателя или депозитария? Но вопросы, относящиеся к регистрации нового держателя акции[2], вероятно, разрешаются правом того места, по праву которого компания была образована.

БИБЛИОГРАФИЯ

См. выше, стр. 551.

3. Передача переводных и простых векселей и чеков

526. Сущность вопроса. Женевское решение

Обязательства, создаваемые оборотными документами, нами обсуждались в части V, посвященной обязательственному праву (выше, §§ 461—468). Вопрос о передаче оборотных документов нуждается здесь только в

[1] См., например, германский гражданский кодекс, §§ 929, 935. § 2, 1293.

[2] См. дело Williams v. Colonial Bank (в палате лордов под наименованием Colonial Bank v. Cady). (1888 L R. 38 Ch. D. 388; (1890) 15 App.Cas. 267, 283. См. выше, стр. 582.

нескольких дополнительных пояснениях. Особенность переводных векселей (тратт) и, в меньшей степени, простых векселей и чеков заключается в том, что обязательства нескольких лиц, например, акцептанта тратты, векселедателя (трассанта) и нескольких бланконадписателей (индоссантов), содержатся в одном документе. Эти обязательства могут регулироваться различными правовыми системами. Допустим, что тратта была выставлена лицом *А.* в Англии на имя *Б.* во Франции и подлежит оплате во Франции лицу *В.* или его приказу. *Б.* акцептует тратту во Франции. Предъявитель тратты (векселедержатель) *В.* индоссирует ее в Бельгии на имя *Г.*, а *Г.*, в свою очередь, снова индоссирует ее в Голландии, на имя *Д.* В таком случае обязательство *Б.*, как акцептанта, регулируется французским правом, обязательство *А.*, как трассанта, — английским правом; оба индоссанта *В.* и *Г.* несут ответственность, соответственно, по бельгийскому и голландскому праву[1]. Если затем *Д.* в Англии индоссирует тратту без указания имени индоссанта (бланко) и там же передаст ее *Е.*, то какое право разрешит вопрос о том, передал ли *Д.* таким образом все свои четыре требования к *А.*, *Б.*, *В.* и *Г*? Если бы следовало применить нормы, действующие в отношении передачи простых денежных долгов, то ответ был бы таков: каждое из этих четырех требований перешло от *Д.* к *Е.* в соответствии с правом, регулирующим соответствующее требование. По французскому праву до 1922 г. бланковая передаточная надпись не порождала передачи прав, содержавшихся в векселе (тратте). Так как обязательство акцептанта *Б.* подчинено французскому праву, поэтому бланковая передаточная надпись, сделанная *Д.*, не передает *Е.* требования к *Б.* Следовательно, *Е.* приобрел бы права *Д.* в отношении *А.*, *В.* и *Г.* только в то время, как *Д.* еще оставался бы кредитором *Б.* Такой неудобный вывод можно предотвратить только изданием единой нормы, охватывающей передачу всех прав, содержащихся в векселе. Женевская конвенция 1930 г.[2] приняла такого рода норму, предусматривающую, что «последствия подписей» определяются правом той страны, «в которой расположено место, где подписи были поставлены»[3]. В приведенном выше примере этим местом будет место, где *Д.* подписал бланковую передаточную надпись; следовательно, применяется английское право. Выражение «действие подписей» относится не только к о б я з а т е л ь с т в у, созданному подписью (в нашем примере обязательство *Д.* в отношении *Е.*), но также

[1] См. s. 72. sub-s. (2) Bills of Exchange Act, 1882.

[2] См. выше, § 41.

[3] Ст. 4 конвенции; такая же норма имеется в Женевской конвенции о чеках 1931 г.

и к переходу к *Е.* всех прав, принадлежащих *Д.* (в отношении *А.*, *Б.*, *В.* и *Г.*).

527. Английское решение. Источники до 1882 г.

Великобритания не приняла женевских правил. Решение, предлагаемое английским правом, менее просто. Ст. 72 Закона о векселях (Bills of Exchange Act) 1882 г. в основном воспроизводит и до некоторой степени уточняет содержание общего права в том виде, в каком оно определилось в следующих пяти делах:

1) De la Chaumette v. Bank of England[1]. Английский простой вексель (банкнота), выписанный и врученный в Англии, был украден в Англии, вывезен во Францию и там продан добросовестному покупателю. Для решения вопроса о том, стал ли покупатель собственником векселя и кредитором банка, суд применил английское право, так как оно было правом сделки, из которой возникло обязательство банка. Не были приняты во внимание ни *lex loci actus* (как это позднее было сделано по делам Alcock v. Smith и Embiricos v. Anglo-Austrian Bank)[2], ни *lex situs cartae.*

2) Trimbey v. Vignier[3]. В данном случае простой вексель, по которому истец предъявил иск, был чисто французским: он был выдан во Франции французом приказу француза, постоянно пребывавшего во Франции. Векселедержатель во Франции сделал на векселе бланковую передаточную надпись; истец, имевший свое постоянное место пребывания в Англии, получил там этот вексель. После наступления срока платежа по векселю векселедатель стал резидентом Англии, и там к нему был предъявлен иск. По французскому праву бланковая передаточная надпись считалась недействительной, по английскому праву она была действительна. Суд применил французское право, потому, что «толкование договора» регулируется правом места его совершения и суд, очевидно, рассматривал Францию как страну, в которой договор был совершен, хотя передача векселя истцу была произведена в Англии[4].

3) По делу Lebel v. Tucker[5] тратта, по которой держатель предъявил иск к акцептанту, была выставлена, акцептована и подлежала оплате в Англии, но бланковая передаточная надпись была сделана во Франции на имя француза. Здесь опять-таки вопрос заключался в том, была ли передаточная надпись действительна по английскому праву или недействи-

---

[1] (1831) 2 B. and Ad. 385.

[2] Ниже, § 528.

[3] (1834) I Bing N. Cas. 151.

[4] По Закону о векселях передаточная надпись означает передаточную надпись, дополненную фактической передачей векселя.

[5] (1867) L. R. 3 Q. B. 77, 83.

тельна по французскому праву. Суд применил английское право, мотивируя это тем, что поскольку обязательство акцептанта регулировалось английским правом, то, следовательно, это же право должно регулировать и передачу обязательства. Остался открытым вопрос о том, мог ли держатель тратты предъявить иск к индоссанту, ответственность которого регулировалась (и отвергалась) французским правом, или не мог. Это решение явно основано на том принципе, которому в применении к простым денежным долгам отдается предпочтение перед всеми остальными, именно—принципу, по которому уступка требования должна определяться правом, свойственным сделке, из которой обязательство (долг) возникло[1].

4) Фактические обстоятельства по делу Bradlaugh v. De Rin[2] представляют собой среднее между двумя последними из рассмотренных выше дел. В то время как по делу Trimbey v. Vignier вексель был чисто французским, а по делу Lebel v. Tucker тратта была чисто английской, в данном случае тратта была смешанной: выставлена во Франции (или Бельгии)[3] на Англию и акцептована в Англии; на ней во Франции (или Бельгии) была сделана бланковая передаточная надпись. Суд в решении, вынесенном большинством голосов, последовал решению по делу Trimbey v. Vignier и применил французское право, как право места совершения передаточной надписи. Суд принял такое решение для того, чтобы избежать «дробления ответственности», что противоречило бы норме, по которой частичная передача прав по векселю не допускается. Судья Монтэгью Смит в своем особом мнении принял норму, примененную по делу Lebel v. Tucker, и применил английское право как право, свойственное сделке, из которой возникло обязательство акцептанта.

5) Решение по делу Marseilles Extension Railway and Land Company[4] трактует о переводном векселе, выставленном (в 1866 г.) во Франции на английскую компанию, который подлежал оплате и был акцептован в Англии. Сделанная на нем бланковая передаточная надпись была признана действительной в отношении обязательства акцептанта, так как это обязательство возникло из английского договора. Другими словами, «доктрина дробления», примененная по делу Lebel v. Tucker, была применена также и здесь.

Основной результат описанного выше развития был неудачен. Он оставил неурегулированным вопрос о том, дей-

---

[1] См. выше, § 512.
[2] (1868) L. R. 3 C. P. 538, 542.
[3] Так обстоятельства дела изложены в L. R. 5. C. P. 473.
[4] (1885) 30 Ch. D. 598.

ствует ли доктрина «единства» обязательства, как это было разъяснено по делу Bradlaugh v. De Rin, или же «доктрина дробления», примененная по делу Lebel v. Tucker.

528. Закон о векселях 1882 г.

Закон о векселях 1882 г. (The Bills of Exchange Act) пытался примирить эти противоположные взгляды. В отношении передачи переводных и простых векселей по передаточным надписям этот закон проводит различие между «реквизитами формы»[1] и «толкованием передаточной надписи»[2]. Термин «толкование», взятый, очевидно, из дела Trimbey v. Vignier[3], охватывает как действительность передаточной надписи по существу, так и ее юридические последствия, установленные в результате толкования надписей[4]. Закон не касается вопроса о передаче прав посредством простого вручения векселя, как это имеет место с векселями и траттами на предъявителя или с документами с законно учиненными бланковыми передаточными надписями. Он также не определяет права, применимого в случае передачи посредством наложения ареста в судебном порядке[5]. Можно еще подвергнуть сомнению, указывает ли закон право, применимое в отношении приобретения права собственности добросовестным покупателем векселя, если индоссант не имеет правового титула. Суды в решениях по делам Alcock v. Smith и Embiricos v. Anglo-Austrian Bank как будто дают на этот вопрос отрицательный ответ (в подразумеваемой форме), так как эти решения не ссылаются на Закон о векселях,—они вынесены на основе общих принципов[6].

529. Форма передаточной надписи

1) Что касается ф о р м ы передачи по передаточной надписи, то ст. 72, часть (1) Закона устанавливает, что «...действительность в отношении реквизитов формы... передаточной надписи... определяется правом того места, где такой договор был совершен»[7]. Как уже разъяснялось выше

---

[1] Ст. 72, часть (1) Закона.

[2] Ст. 72, часть (2).

[3] (1834) Bing. (N. C.) 151.

[4] Этот взгляд принят судьей Ромер по делу Alcock v. Smith (1892) I Ch. p. 256. Сомнения относительно правильности этого взгляда были, в частности, выражены судьей Волтон по делу Embiricos v. Anglo-Austrian Bank (1904) 2 K. B. 870, 875, 876, и судьей Воген Вильямс в апелляционном суде (1905) I. K. B. 677.

[5] Как по делу Alcock v. Smith, выше.

[6] Согласно этим решениям, применимым правом является *lex loci actus*. Однако в отношении передовых и простых векселей и чеков это право всегда совпадает с *lex situs cartae*.

[7] Т. е., места, где передаваемый документ был фактически передан покупателю. См. об этом выше, стр. 511 (в конце) (ст. 2 Закона).

(стр. 511), принцип *locus regit actum* в данном случае носит характер принудительной нормы. Иногда возникает сомнение в том, относится ли какой-либо дефект в передаточной надписи к ее форме или к существу. Относится ли французская норма (ныне отмененная), по которой бланковая передаточная надпись является только актом доверенности (*procuration*) и не передает индоссанту никаких прав, к форме или к существу? Вероятно, правильным будет ответ, что она относится к существу.

По делу Koechlin v. Kestenbaum[1] переводный вексель, по которому индоссант предъявил иск, был выставлен во Франции на Лондон, акцептован и подлежал оплате в Лондоне и индоссирован во Франции; однако передаточная надпись была сделана не самим векселедержателем, а векселедателем (трассантом), и в документе не указывалось о согласии векселедержателя на эту передачу. По французскому праву передаточная надпись считалась действительной, если векселедержатель дал на нее свое согласие; по английскому праву— надпись была недействительной. Так как расхождение между французским и английским правом относится только к способу выражения согласия, то вопрос сводился к форме. Все трое судей апелляционного суда согласились с этим, хотя судья Сарджент осторожно заметил, что если бы даже вопрос не сводился к форме, то результат по настоящему делу был бы тот же самый.

530. *Толкование, действительность, последствия*

2) В отношении толкования (включая действительность по существу и юридические последствия) ст. 72, часть 2, предусматривает, что «... толкование... передаточной надписи... на переводном векселе определяется правом того места, в котором такой договор совершается, при том условии, что когда внутренний переводный вексель индоссируется в иностранном государстве, то передаточная надпись в отношении плательщика должна толковаться в соответствии с правом Соединенного Королевства». Таким образом, закон проводит различие между внутренними и иностранными траттами. Внутренними траттами[2] являются тратты, выставленные и подлежащие оплате в пределах Британских островов или же выставленные на территории Британских островов на какое-нибудь лицо, имеющее там свое постоянное место пребывания. Иностранными траттами считаются все прочие.

а) Закон подчиняет передачу и н о с т р а н н ы х переводных векселей без ограничения норме о едином порядке ответственности. Правовая система того места, где совершена

---

[1] (1927) I K. B. 616; отменено (1927) I K. B. (C. A.) 889, 898.
[2] Ст. 4 Закона.

передаточная надпись, решает вопросы, касающиеся передачи как права собственности на документ, так и различных прав, содержащихся в нем, независимо от того, какие правовые системы регулируют сделки, из которых возникали все эти права. Отказ от доктрины «дробления» совпадает с соответствующими нормами континентальных правовых систем и, в частности, с Женевской конвенцией. Возражения, выдвинутые в решении по делу Bradlaugh v. De Rin[1] против разделения (дробления) ответственности, признаны правильными.

б) В отношении **внутренних** переводных векселей в принципе принята норма о едином порядке ответственности, но допускается одно исключение. Доктрина единой ответственности действует в отношении передачи обязательств, лежащих на трассанте и на всех индоссантах: эти обязательства передаются в соответствии с правом места совершения передаточной надписи, и мы полагаем, что передача права собственности на документ подчинена той же правовой системе. Что же касается обязательства «плательщика», т. е. акцептанта при переводном векселе и векселедателя—при простом,—то передача такого обязательства регулируется правом Соединенного Королевства, даже если передаточная надпись была сделана в иностранном государстве. Таким образом, изложенный в решении по делу Lebel v. Tucker[2] способ разделения различных обязательств в Англии до известной степени усвоен.

Можно сомневаться в том, следует ли считать логически целесообразным такое различие в трактовке акцептанта в зависимости от того, является ли вексель внутренним или иностранным, и Чешайр, подчеркивая (очень осторожное) замечание судьи Саржент[3], считает, что результат такого различения едва ли можно считать удовлетворительным с точки зрения интересов торгового мира[4]. В то же время кое-что может быть сказано в пользу того взгляда, что англичанин, акцептующий вексель, подлежащий оплате в Англии и выставленный на него в Англии другим англичанином, имеет основания желать, чтобы передача его обязательства полностью регулировалась английским правом. Но не следует ли таким же образом поступать в аналогичном случае, когда француз акцептует чисто французский вексель во Франции?

БИБЛИОГРАФИЯ

См. выше, стр. 516, и *Gutteridge*, J. Comp. Legisl., 1934, p. 67, 68; *Raiser*, Wirkung der Wechselerklärungen, I. P. R., 1931, 91, 99.

---

[1] (1868) L. R. 3 C. P. 538, 542.
[2] (1867) L. R. 3 Q. B. 77. См. выше, § 527 (3).
[3] Koechlin v. Kestenbaum (1927) I K. B. 889, 898.
[4] *Cheshire*, p. 465.

НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТЬ

531. Предварительные замечания

Несмотря на то, что различные правовые системы по вопросу о несостоятельности резко отличаются друг от друга в многочисленных деталях, все же существует одна общая для них всех норма, именно, назначение судом администратора. Администратор замещает должника, поскольку он должен управлять имуществом последнего в интересах кредиторов, превращать это имущество в деньги и распределять вырученные суммы между кредиторами. Он может быть доверительным собственником, как это предусматривается в английском и северо-американском праве, и в этом случае он облекается правом собственности на все имущество; или же он—как это установлено во всех континентальных европейских и латиноамериканских правовых системах—может приобрести только исключительное право на управление имуществом, которое остается собственностью несостоятельного должника (так называемое *ius in patrimonio alieno*). Различие между английской и континентальной формой управления имуществом несостоятельного должника, соответствующее различию между английским и континентальным институтами исполнителя завещания (душеприказчика)[1],—не препятствует судам, поскольку речь идет о международном частном праве, трактовать эти два института как совершенно одинаковые. Если, например, английский доверительный собственник при несостоятельности во французском суде предъявляет иск к одному из должников несостоятельного должника, он будет там рассматриваться как syndic (староста, старшина) в смысле французского права.

В области международного частного права в связи с несостоятельностью возникают следующие основные проблемы.

532. Единство или множественность несостоятельности?

I. Если должник по суду признан несостоятельным в одной стране, препятствует ли это тому, чтобы он был признан несостоятельным в какой-либо другой стране? Ответ, несомненно, должен быть отрицательным: не существует такого понятия как единство в признании несостоятельности[2]. Только между-

---

[1] См. выше, § 509, и ниже, § 567.
[2] *Dr. Cheshire*, p. 472, 473.

народная конвенция с участием всех государств может исключить необходимость множественного признания несостоятельности. Заключение такой конвенции и установление, таким образом, действенного принципа единства несостоятельности, основанного либо на доктрине, в соответствии с которой первое объявление конкурса является решающим, либо на принципе преобладания домицилия,—представляется недостижимым и едва ли желательным[1]. Попытка осуществить подобное соглашение была сделана на пятой конференции международного частного права в Гааге в 1925 г., на которой обсуждался проект такой единой системы; однако он не был принят.

533. Универсальность или территориальность?

II. Другая проблема касается универсальности или территориальности объявления несостоятельности. Если в государстве X должник по суду признан несостоятельным и там в связи с этим уже начат конкурсный процесс, то переходит ли все его имущество, независимо от того, где оно находится, к доверительному собственнику (администратору, куратору, syndic'у—старшине или как бы он ни назывался), или же к нему переходит только та часть имущества, которая находится в государстве X? Некоторые известные юристы высказываются в пользу строгой системы территориальности, и такая позиция, несомненно, справедливая и умеренная, на первый взгляд, кажется более соответствующей требованиям международной вежливости, чем любая иная позиция. Ее отрицательная сторона заключается в том, что она порождает излишние неудобства и расходы. Если, например, должник имеет имущество в различных странах X, Y и Z и впоследствии объявляется по суду несостоятельным в своем домицилии X, то кредиторы, при установлении системы территориальности, вынуждены будут возбудить судебные дела о признании несостоятельности в каждой из остальных стран—Y и Z, хотя возможно, что для доверительного собственника, назначенного в стране X, было бы очень легко собрать имущество, находящееся в странах Y и Z, и если он поступит таким образом, в этом нельзя будет усмотреть неуважение к иностранному суверенитету.

Система территориальности сохранилась, хотя не без некоторых ограничений, в Соединенных Штатах Америки. Большинство государств приняло комбинацию двух систем, например, систему универсальности, как последствие решения, вынесенного в их собственной стране, и систему территориальности для всех иностранных судебных решений. Такая сме-

[1] *Pillet*, Traité pratique, II. 872 et seq.

шанная система, которая ввиду устанавливаемого ею неравенства кажется, на первый взгляд, несправедливой (хотя в действительности это не так), принята в германском, швейцарском и голландском праве. Принцип универсальности, особенно выдвигаемый итальянскими и французскими авторами, действует во французском праве и в большинстве правовых систем, находящихся под влиянием французского права.

534. Английское право

Английское право приняло доктрину универсальности как в отношении своих отечественных, так и иностранных судебных решений о несостоятельности, за исключением решений, определяющих судьбу недвижимого имущества, находящегося в Англии[1].

1) Объявление несостоятельности английским судом регулируется английским правом. Согласно Закону о несостоятельности (The Bankruptcy Act), 1914 г.[2] имущество, переходящее в случае несостоятельности к доверительному собственнику, включает движимое и недвижимое имущество, «находящееся как в Англии, так и в любом другом месте». Что касается действия английского судебного решения в других странах, то необходимо отметить следующие различия. В Шотландии, Северной Ирландии и Свободном Ирландском государстве английское решение во всех отношениях действует так, как если бы оно было вынесено в одной из этих стран. Такое же положение (вероятно) существует[3] во всех других странах, составляющих часть Британской империи. Во всех этих странах судебное объявление должника несостоятельным, вынесенное английским судом, автоматически передает находящееся в любой из этих стран имущество английскому доверительному собственнику. Иное положение создается в тех случаях, когда имущество находится в небританских странах. Хотя английский законодатель положительно предписал, что имущество, где бы оно ни находилось, должно по судебному решению перейти к доверительному собственнику по несостоятельности, такое изменение права собственности не может иметь места вопреки законодательству места нахождения имущества. Только в том случае, если место нахождения имущества принимает британскую норму, английское судебное решение *ipso iure* передает право собственности на иностранное имущество английскому доверительному собственнику. В остальных случаях принцип универсаль-

---

[1] То же и в австрийском праве.

[2] (4 and 5 Geo. V, c. 59), ss. 53, 167.

[3] См. Callender v. Colonial Secretary of Lagos (1891) A. C. (P. C.) 460, 467. Против: *Westlake*, § 137, p. 178 (в отношении недвижимого имущества).

ности может возыметь действие только в более слабой форме: иностранное имущество не считается уже перешедшим к доверительному собственнику, но должно к нему перейти; несостоятельный должник обязан передать свой правовой титул доверительным собственникам в порядке, предписываемом законом места нахождения имущества. Он обязан передать владение движимым имуществом доверительному собственнику, передать ему право на свои иностранные земельные участки, переуступить право на следуемые ему за границей долги и т. д. Английский доверительный собственник предъявлением иска к должнику в английском или иностранном суде, в зависимости от того, какой из них обладает юрисдикцией, может подвергнуть эти требования принудительному исполнению. По английскому праву доверительный собственник вправе действовать от имени кредиторов, но если он предъявляет иск в иностранном суде, то от правовой системы места нахождения суда зависит, может ли он осуществить это свое право.

535. Кредиторы, получившие платеж за границей

Принцип универсальности, при строгом его применении, приводит, помимо указанного выше, к тому, что английское право запрещает любому кредитору несостоятельного должника получать платежи за границей. Но если какой-нибудь кредитор действует вопреки этому правилу, то возникает вопрос, имеет ли доверительный собственник в этом случае право требования к такому кредитору и может ли он в английском суде предъявить к нему иск об уплате денег (при условии, что кредитор в момент возбуждения дела находится в Англии). Ответ на этот вопрос затруднителен. Германский верховный суд в одном известном решении[1] отказался принять такой вывод, несмотря на то, что германское право приняло принцип универсальности для тех случаев, когда должник признан несостоятельным по решению германского суда. Это решение в самом деле представляется обоснованным при условии, что платеж кредитору за границей произведен в соответствии с правом той страны, в которой платеж имел место. Что касается английского права, то необходимо провести следующие различия:

а) Норма, исходящая из принципа справедливости: «тот кто требует справедливости, должен сам поступать справедливо»—ясна. Если кредитор получил платеж за границей и желает доказать перед английским конкурсным управлением основательность каких-либо иных имеющихся у него претензий, он должен внести в общее ликвидационное имущество все,

---

[1] Германский верховный суд, Offic. Coll., 54, 193.

что он получил в иностранном государстве. Эта норма, основанная на соображениях, высказанных лордом Элдон по делу Selkrig v. Davis[1], была твердо установлена лордом Кэрнс по делу Banco de Portugal v. Waddell[2]. Она разумна: если кто-либо совершил в стране X какие-либо действия в соответствии с правом этой страны и извлек из этого для себя выгоду таким способом, которым он не мог бы воспользоваться по законам страны Y, то ему не может быть разрешено пользоваться выгодами, предоставляемыми обеими правовыми системами; он не может впоследствии ссылаться на законодательство страны Y, которое он ранее нарушил.

б) Но каков применимый закон, если кредитор не предъявляет претензий в английском конкурсном управлении? Лорд Элдон и лорд Кэрнс выразили свое мнение совершенно ясно: кредитор, даже если он лично находится в Англии, «не обязан внести в общий фонд сумму (полученную им за границей), он может сохранить ее, если он хочет; он может вовсе игнорировать английское конкурсное управление, если ему так хочется»[3]. Преобладает, однако, другой взгляд, по которому кредитор, даже не принимающий участия в английском конкурсном управлении, должен при известных обстоятельствах уплатить доверительному собственнику по несостоятельности все, что он, этот кредитор, получил. Но на каком основании и при каких обстоятельствах? Этот преобладающий взгляд базируется на трех старых решениях 1791 и 1795 гг.[4], т. е. на решениях, вынесенных до того, как имели место в двух решениях 1814 и 1880 гг.[5] цитированные выше попутные высказывания. Все три старых решения были вынесены по искам о денежных долгах.

По делу Sill v. Worswick кредитор был домицилированным англичанином; он получил свой долг, причитавшийся ему от английского несостоятельного должника, предъявив к нему в Британской Вест-Индии иск, который, однако, «был основан» и даже «был начат» с афидейвита (письменных показаний под присягой.—*Прим. перев.*), составленного в Англии. Решение по делу основывалось на этом обстоятельстве и на том, что должник был английским резидентом. По делу Hunter v. Potts кредитор был английским резидентом и через своего поверен-

---

[1] (1814) 2 Dow, 230, 249.

[2] (1880) L. R. 5 App. Cas. 161, 167.

[3] В делах: Selkrig v. Davis, и Banco de Portugal v. Waddell, выше.

[4] Sill v. Worswick (1791) 1 H. Blackst. 665, 689; Hunter v. Potts (1791) 4 Term. Rep. 182, 192, Phillips v. Hunter (1795) 2 H. Blackst. 402.

[5] А именно: Selkrig v. Davis и Banco de Portugal v. Waddell, выше. Эти попутные высказывания двух выдающихся судей не могут, правда, отменить старые решения, но они могут ослабить их авторитетность.

ного в Америке получил деньги, причитавшиеся несостоятельному должнику, хотя кредитор знал о переуступке прав через конкурсное управление. Он, следовательно, «для того, чтобы добиться приоритета», действовал указанным образом, заведомо «нарушая права остальных кредиторов». Невозможно сказать, какое из этих обстоятельств судья (лорд Кенион) рассматривал в качестве решающего, вынося решение в пользу кураторов конкурсного управления. Его краткое решение касается главным образом вопроса о том, имеет ли переуступка прав при несостоятельности по постановлению конкурсного управления такое же действие, как если бы несостоятельный должник переуступил следуемый ему долг «по собственному добровольному акту». Судья пришел к заключению, что действие переуступки прав в обоих случаях одинаково. Но это заключение едва ли подходит к рассматриваемому случаю. Вынесенное большинством голосов решение по делу Phillips v. Hunter[1] покоилось на том основании, что если британский кредитор несостоятельного должника по американскому судебному решению получил причитавшиеся ему деньги от должника этого несостоятельного должника, то взысканная таким образом сумма должна быть передана для использования кураторам конкурсного управления (т. е. доверительным собственникам), так как иначе такое взыскание будет «нарушением парламентского акта; никакое постоянное пребывание за границей не может освободить британского подданного от действия парламентского акта». Судьи подчеркнули то обстоятельство, что несостоятельные должники были английскими купцами, что все они имели свое постоянное местопребывание в Англии, за исключением одного из компаньонов, который, однако, пребывал в Америке только для «особой и временной цели».

Какой вывод можем мы сделать из этих трех решений? Во-первых, из них можно вывести норму международного частного права; вопрос о том, обязан ли кредитор английского конкурсного управления вернуть в фонд управления суммы, полученные им за границей в соответствии с законодательством иностранного государства, разрешается исключительно английским правом, а не правом той страны, в которой он получил свое возмещение, и не правом, свойственным долгу, причитавшемуся ему, или долгу, причитавшемуся несостоятельному должнику. Во-вторых, из этих решений можно вывести, что по английскому внутреннему материальному праву кредитор обязан возвратить полученное им, если

---

[1] Судья Эйре остался при особом мнении (он предложил сильное и убедительное решение, p. 409 et seq.).

получение долга за границей является нарушением предусмотренной английским правом обязанности воздержаться от получения долга за границей. Наличие такого нарушения усматривалось в случае английского домицилия (кредитора), его английского постоянного местопребывания, английского местонахождения предприятия, британского гражданства кредитора, а также в случае, когда действия кредитора, направленные к получению долга, были начаты или, по крайней мере, подготовлены на английской территории. Таковы примеры. Лежащий в их основе принцип заключается в том, что при коллизии между правом и обязанностью—правом получить свой долг (по иностранному законодательству) и обязанностью воздержаться от получения (согласно английскому праву),—от кредитора можно требовать, чтобы он не осуществлял своего права только в том случае, если его связывают с Англией какие-то особые узы. Недостаточно того обстоятельства, что он является кредитором лица, которое было объявлено несостоятельным должником английским судом[1].

536. *Иностранные судебные решения о несостоятельности. Их действие в Англии*

2) Судебное решение о несостоятельности, вынесенное иностранным судом[2], регулируется правом этого суда. Здесь будет исследовано только действие такого решения в Англии. Шотландское и ирландское решения имеют в Англии полную силу даже в том случае, если они касаются недвижимого имущества, расположенного в Англии: имущество переходит к шотландскому или ирландскому доверительному собственнику, возглавляющему конкурсное управление, так, как если бы оно находилось в Шотландии или Ирландии.

Что касается решений, вынесенных в других зарубежных странах, то английские суды не признают их, независимо от того, были ли они вынесены в той стране, где несостоятельный должник имеет свой домицилий или постоянное местопребывание, или же в каком-либо другом месте. Но иностранный администратор (доверительный собственник, куратор, старшина и т. д.) должен был быть назначен в результате такой судебной процедуры, в которой должник участвовал в качестве стороны, т. е. в результате процедуры, которая не была про-

---

[1] См. об этой много обсуждавшейся проблеме: *Westlake*, s. 142, 143, *Dicey*, p. 372; *Cheshire*, pp. 486—488. Ср. выше, § 212.

[2] Или соответствующий институт иностранного права, как, например, «ouverture de la faillite», «Konkurs-Eröffnung»—создание конкурсного управления.

ведена в его отсутствие[1]. Иностранный администратор пользуется в Англии неодинаковыми правами в отношении движимого и недвижимого имущества.

а) Он не имеет права управлять английскими недвижимостями. Английский суд может, однако, по своему усмотрению разрешить ему управлять землей и, в частности, продавать ее в интересах кредиторов.

б) В отношении движимого имущества, находящегося в Англии, был признан принцип универсальности. Этот принцип, конечно, применяется, с одной стороны, только в том случае, если он установлен также и в том иностранном государстве, в котором процесс о несостоятельности имеет место. Если в этом государстве, как это имеет место в Соединенных Штатах, существует норма о строгой территориальности, иностранный (американский) доверительный собственник не может приобрести никаких прав на движимое имущество, находящееся в Англии. Применение принципа универсальности, с другой стороны, влечет за собой, как принято говорить, «переход английского движимого имущества к иностранному доверительному собственнику»; точнее говоря, иностранный администратор приобретает в силу закона такие же права на движимое имущество, какими он пользуется в отношении движимого имущества, находящегося в его собственной стране, т. е. при континентальной системе конкурсного управления,— только право управления *ius in patrimonio alieno*, а не право собственности[2]. Если во время действия иностранного конкурсного управления какой-либо кредитор несостоятельного должника налагает арест на находящееся в Англии имущество, то правовой титул, который он может таким образом приобрести, будет недействителен в отношении иностранного администратора[3].

537. Судебное объявление несостоятельности в двух странах

3) Случается, хотя и не часто, что одно и то же лицо объявляется несостоятельным должником в двух странах. В таком случае конкурсное управление, созданное позднее, не может уничтожить действий, произведенных ранее созданным конкурсом. Иллюстрации:

а) Должник был объявлен несостоятельным сначала в Нью-Йорке, а впоследствии в Англии. Согласно американскому принципу территориальности, к американскому доверительному

[1] In re Davidson's Settlements (1873) L. R. 15 Eq. 383; In re Lawson's Trusts (1896) I Ch. 175; In re Anderson (1911) K. B. 896, 902; Bergerem v. Marsh (1921) 91 L. J. (K. B.) 80, и др.

[2] См. выше, § 531.

[3] См. более раннее решение по делу Solomons v. Ross (1764) и Jollet v. Deponthieu (1769) *I. H. Blackst*, p. 131, note, p. 132, note.

собственнику конкурсного управления переходят только активы, находящиеся в Нью-Йорке. Английский доверительный собственник, несмотря на принцип универсальности, приобретает только имущество, находящееся в Великобритании и в любой третьей стране. Пока нью-йоркское конкурсное управление не закончит своей деятельности, английское конкурсное управление не распространяется на имущество, которое должник мог позднее приобрести в Америке.

б) Первое конкурсное управление создается в Англии, второе—в Германии. Согласно английскому принципу универсальности, английский доверительный собственник имеет по английскому законодательству право требовать передачи ему имущества, находящегося в Германии. Но это требование едва ли может быть подвергнуто принудительному исполнению, за исключением той части германского имущества, которое не подчинено управлению германского куратора, например, за исключением имущества, приобретенного несостоятельным должником после «открытия» германского производства о несостоятельности[1].

538. Конкурсное управление

III. Конкурсное управление регулируется *lex fori* (т. е. правом места управления имуществом.—*Прим. перев*). Это положение распространяется не только на бесспорную процессуальную сторону управления, но также и на его действия в области материального права, например, при аннулировании сделок несостоятельного должника, совершенных с целью создания обманного преимущества для кредитора или с целью обманной передачи прав на имущество[2], или при возникновении вопроса о приоритете между кредиторами. Однако когда конкурсное производство заканчивается освобождением несостоятельного должника от ответственности (как это предусмотрено английским правом), то такое освобождение погашает долг только в том случае, если погашение действительно с точки зрения права, свойственного обязательству[3].

БИБЛИОГРАФИЯ

Burgin, 9 Grotius S. (1923) 71. *Nadelmann*, 5 Univers. of Toronto L. J. (1944) 324 et seq.

A. Rolin, Des conflits de lois en matière de faillite, 14 Rec. (1926), 5. *Travers*, Droit commercial internat., VII (1935). W. v. Simson, RVglHWB, IV. 528. Travaux d. Com. franc., IV (1938) 9. *Jaeger*, Comment. to the German Konkursordnung (1935) II. 960.

---

[1] По германскому праву имущество, приобретенное после «открытия конкурса» (например, легат), не относится к конкурсному имуществу.

[2] По английскому внутреннему материальному праву см.: Bankruptcy Act, s. 44 и Law of Property Act, 1925, s. 172.

[3] См. выше, § 440.

Часть VII

КОЛЛИЗИОННЫЕ ВОПРОСЫ НАСЛЕДОВАНИЯ

РУКОВОДЯЩИЙ ПРИНЦИП

539. *Система разделения (имущества) и система единства*

I. Право, подлежащее применению в отношении правопреемства вследствие смерти, определяется на основе одного из следующих двух принципов:

1) Это право может проводить различие между движимым и недвижимым имуществом. Это различие имеет свои исторические корни в феодальном праве. Феодальные владетели не могли допустить, чтобы порядок наследования их земли мог изменяться кем-либо в случае, если один из их вассалов приобретал иностранный домицилий. Эта концепция породила принцип разделения (scission). Движимое имущество умершего регулировалось его личным законом, т. е. правом его домицилия, между тем как наследование его недвижимостей происходило в соответствии с правом места их расположения (*situs*): *Quot sunt bona diversis territoriis obnoxia tot sunt patrimonia* (наследств столько, сколько имеется имущества, связанного с различными территориями). Эта система признана во всех частях Британской империи[1], в Соединенных Штатах Америки, во Франции, Бельгии и Люксембурге, хотя во Франции вопрос представляется несколько спорным[2]. В некоторых других странах, в которых сохранился принцип раздельности, например, в Австрии, Венгрии и Румынии, право домицилия в отношении движимого имущества было заменено национальным правом умершего. В некоторых южно-американских государствах правило о раздельности было распространено даже на движимое имущество путем применения принципа *lex situs*. В частности, конвенция в Монтевидео[3] отказалась от подчинения всего движимого имущества одной правовой системе (праву домицилия или гражданства); каждая отдельная движимость

---

[1] См., например, Freke v. Lord Carbery (1873) L. R. 16 Eq. 461, и *Dicey*, p. 589.

[2] *Lewald*, Successions, 19 et seq.

[3] Ст. 44, 45.

или недвижимость наследуется в соответствии с правом ее местанахождения.

2) Или же ко всему имуществу умершего применяется единое право. Этот принцип основан на концепции универсального правопреемства, разработанной в римском праве. Этому принципу давалось различное обоснование. Универсальное правопреемство часто выводилось из юстиниановской мистической идеи о том, что умерший и его наследник в известном смысле (*quodammodo*) представляют собой одно лицо[1], что в наследнике продолжается личность умершего[2]. Неясность этой идеи особенно очевидна, когда имеются сонаследники. Эта идея может быть лучше обоснована практическими соображениями, например, интересами кредиторов; она означает не более чем переход наследственного имущества как единого целого, включая и долги умершего, к его наследнику или наследникам: наследники наследуют все имущество в целом (*per universitatem*), а не в виде ряда отдельных актов о каждом предмете. Принцип единого права в настоящее время признан в значительном большинстве современных правовых систем, отчасти благодаря Савиньи, под влиянием которого этот принцип был принят германским правом. Многие правовые системы, даже те из них, которые, в общем, следуют образцу французского кодекса, приняли норму о единстве. Таковы, например, правовые системы Италии, Нидерландов, Испании и Португалии. В отношении движимого и недвижимого имущества применимым правом одинаково является личный закон умершего, следовательно, в большинстве стран, — его национальное право (так, например, в Италии, Испании, Португалии, Нидерландах, Швеции, Германии, Польше, Египте, Бразилии, Японии, Китае и в Греции после введения там кодекса 1940 г.); в немногих странах—Швейцарии, Норвегии, Дании и Аргентине—применяется право домицилия умершего, т. е. его обычное место постоянного пребывания.

540. *Преимущества и недостатки обеих систем*

II. Обе эти системы имеют свои преимущества и недостатки. Критиковать систему раздельности, исходя из того, что феодализм, из концепций которого она берет свое начало,

---

[1] *Justinian*, Nov., 48 pr.

[2] Даже один из наиболее современных авторов по этому вопросу принимает эту концепцию и рассматривает ее как основание нормы о единстве в международном частном праве. Он говорит о «продолжении личности до бесконечности» и о «глубокой и смелой концепции универсального правопреемства, которое увековечивает человека, а не его отдельное право» (*Frankenstein*, IV, 282).

перестал существовать, значило бы давать неправильное истолкование истории: многие целесообразные институты переживают свой исторический базис. Равным образом, было бы ошибкой отвергнуть принцип единства (в отношении английского права) на том основании, что римская норма об универсальном правопреемстве не имеет места в английском внутреннем материальном гражданском праве. Преимущество нормы о единстве заключается в ее бо́льшей простоте. Когда умерший оставляет несколько недвижимостей в разных странах, то эти недвижимости вместе с его движимым имуществом образуют единую массу, все части которой рассматриваются одинаково. Все сонаследники являются собственниками любого предмета, относящегося к наследственному имуществу, и все это имущество несет ответственность по обязательствам умершего так же, как это имело место при его жизни. Если кто-либо из сонаследников при жизни завещателя получил от него определенные дары в виде, например, аванса или в связи с браком, за которые он, согласно личному закону умершего, обязан отчитаться при распределении имущества, то такую ответственность— с учетом выплат, имевших место при жизни завещателя,—легко провести в жизнь, когда имеется единая масса, куда эти дары должны быть внесены. Таким образом удается избежать усложнений, возникающих в тех случаях, когда несколько групп имущественных масс в одном наследственном имуществе необходимо распределить в соответствии с различными правовыми нормами. При системе единого права завещание может быть либо действительным, либо недействительным; по системе различного права один и тот же суд может рассматривать одно и то же завещание как действительное в отношении земли, расположенной в стране X, и как недействительное в отношении земли, расположенной в стране Y, или в отношении движимого имущества, где бы оно ни находилось.

Преимущество простоты, получаемое при принятии принципа единого права, умаляется, однако, ввиду того, что эта система страдает одним значительным недостатком. Если нормы о правопреемстве, установленные в государстве X, необходимо применить ко всему наследственному имуществу, включая землю, расположенную в стране Y, и если законодательство о правопреемстве в стране Y отличается от законодательства страны X, то права, приобретенные по законам страны X в отношении иностранного земельного участка, будут только номинальными. Суды страны X фактически не имеют никакой власти для того, чтобы принудительно осуществить эти права. Совместимо ли со справедливостью установление норм, которые неизбежно остаются недействительными? В отношении движимого имущества, находящегося за границей, такой несов-

местимости не существует. Правда, право домицилия может временно оставаться недействительным, пока «место нахождения» движимого имущества расположено вне территории домицилия. Но так как «место нахождения» может в любое время измениться, то имеется надежда на то, что в какой-то момент право домицилия станет действительным.

Два примера могут иллюстрировать недостатки нормы о едином праве:

1) Голландец, домицилированный в Дании и владеющий на праве собственности домами в Копенгагене и Амстердаме, умирает, оставив завещание, действительное по голландскому и недействительное по датскому праву. Согласно голландскому международному частному праву, должно быть применено голландское внутреннее материальное право. Наследник А., назначенный по завещанию, должен поэтому рассматриваться голландским судом как собственник всего имущества, включая оба дома. С другой стороны, датский суд, в соответствии с датской коллизионной нормой, применит датское внутреннее материальное право. В Дании, следовательно, покойный будет считаться умершим без завещания, и наследник Б. по закону унаследует оба дома. Имеют ли претензии А. на дом в Копенгагене и претензии Б. на дом в Амстердаме какую-либо реальность вне адвокатского досье?

2) Итальянский подданный, домицилированный в Италии, оставляет землю в Англии и в Италии. По итальянской коллизионной норме наследник, определяемый итальянским правом, наследует оба земельных участка. Согласно английской коллизионной норме, английское право применяется к английскому участку земли и итальянское право—к итальянскому участку. Английская норма, несомненно, разумнее. Но на самом деле большинство континентальных авторов отвергает принцип личного права *de lege ferenda*.

541. Неудобства системы различного права

III. Английская система раздельности влечет, однако, за собой некоторые неудобные последствия в отношении: 1) обязательств (ответственности), 2) действительности завещания, 3) распределения имущества, если умерший предоставил аванс одному из бенефициариев, 4) применения английской доктрины выбора и в некоторых других случаях.

Еще в 1813 г. в решении по делу Brodie v. Barry[1] Грант очень ясно определил проблему, возникающую в тех случаях, «когда земля и движимое имущество находятся в различных странах, в которых действуют различные правовые системы,

[1] (1813) 2 Ves. and B. 127, 129, 133.

и когда возникает вопрос об одновременном действии этих систем». Он утверждал, далее, что трудность заключается в определении того, «какая часть каждой правовой системы должна войти в решение вопроса; не легко найти удовлетворительное решение этой проблемы».

Но это затруднение нельзя считать непреодолимым, как это будет видно из дальнейшего. Допустим, что домицилированный англичанин оставляет движимое и недвижимое имущество в Англии, Франции и Германии. Английская коллизионная норма разделяет все наследственное имущество на три массы: 1) массу, регулируемую английским правом и включающую недвижимости, расположенные в Англии, и все движимое имущество, где бы таковое ни находилось; 2) массу, регулируемую французским правом и состоящую из французских недвижимостей, и 3) массу, регулируемую германским правом, включающую недвижимости, расположенные в Германии[1].

542. *Ответственность различных масс*

1) Что касается ответственности этих трех масс по долгам и легатам, то создается такое же положение, какое создалось бы по чисто внутреннему материальному праву, если бы три домицилированных англичанина, из коих каждый как компаньон несет ответственность за долги всех, умерли одновременно. Их общие кредиторы могли бы, как они могли это сделать при жизни должника, подвергнуть свои требования принудительному взысканию против любой имущественной массы по своему выбору, при условии, что процессуальное право суда не запрещает принудительного исполнения в отношении недвижимостей до тех пор, пока не будет доказана безуспешность принудительного взыскания с движимой части

---

[1] Вопрос о том, является ли вещь движимой или недвижимой, определяется (по английскому международному частному праву) правом места нахождения вещи на день смерти. См. выше, § 484. Следует напомнить, что различие между движимым и недвижимым имуществом отличается от различия между персональным и реальным имуществом и что, в частности, пользование на правах аренды хотя и персональным имуществом, считается недвижимым; См. выше, § 486. Допустим, что домицилированный француз умер без завещания в 1920 г. и оставил белое поместье и пользование на правах аренды,—то и другое в Англии. Так как оба эти имущества являются недвижимостями, их наследование будет регулироваться по *lex situs*, т. е. по английскому праву. Так как земля, находящаяся на праве свободного держания (freehold) является реальным имуществом, то она переходит к «наследнику» (после того, как она перешла к личному представителю для управления). Пользование на правах аренды, будучи персональным имуществом, будет распределено в соответствии с законом о распределении. Duncan v. Lawson (1889) 41 Ch. D. 394; Freke v. Lord Carbery (1873) L. R. 16 Eq. 461, 466. *Dicey*, pp. 590, 594, no. 12.

имущества. Решение вопроса о том, имеет ли наследник одной из трех масс, уплативший все причитающиеся с умершего долги, права требования к остальным двум наследственным массам о возмещении, в первую очередь, будет зависеть от завещания умершего[1]. Но если нет завещания или если в завещании этот вопрос не затрагивается, то решение будет находиться под большим сомнением. Вестлейк утверждает[2], что закон места нахождения недвижимостей (какой именно недвижимости, если их больше чем одна?) определяет выход из положения. Дайси[3], повидимому, полагает, что решение вопроса следует предоставить праву той страны, в которой администрируется движимое имущество. Но помимо английского и англо-американского права, не все правовые системы требуют определенного установления места управления имуществом; сонаследники, проживающие, возможно, в разных странах, могут урегулировать распределение имущества между собой посредством переписки или встреч, скажем, в Швейцарии. Будет, вероятно, более правильным спросить: какую имущественную массу разумно избрал бы умерший, если бы он был в живых, при наступлении срока платежа по долговому обязательству? Разумно предположить, что он произвел бы платеж из своих наличных средств или посредством продажи облигаций, акций или иного движимого имущества, если не было особых соображений для того, чтобы предпочесть продажу или залог недвижимого имущества. Такие соображения могли бы иметь место в том случае, если бы сумма долга была настолько значительной, что ее покрытие могло бы создать неэкономное израсходование всего его движимого имущества, или если бы определенный долг был тесно связан с одной из недвижимостей, например, в случае обеспечения долга закладной на эту недвижимость. Таким образом, центр тяжести какого-либо требования о возмещении со стороны одной наследственной массы к другим массам обычно можно найти в движимом имуществе. Требования к движимому имуществу со стороны других масс более обычны, чем обратные требования, и решающим будет право, регулирующее наследование в отношении движимого имущества. В необычном случае, когда наследник одной из недвижимых масс (например, германской) требует выплаты из другой недвижимой массы (французской),—применению будет подлежать право места нахождения этой последней недвижимости.

---

[1] In re Smith (1913) 2 Ch. 216, 221.
[2] § 118.
[3] Pp. 973, 974.

543. *Постановления о выплатах при жизни, подлежащих учету при разделе наследства*

2) Некоторые трудности препятствуют созданию правил о предварительных выплатах[1]. Если кто-либо умер без завещания, ранее передав некоторое свое имущество одному из своих детей, то возникает вопрос: в какой имущественной массе — если таковая существует — должен этот дар или его стоимость учитываться? Ответ таков: дар или его стоимость должны учитываться в том имуществе, которое стало беднее вследствие этого дара, т. е. в том имуществе, к которому относилось бы отчужденное (подаренное.—*Прим. перев.*) имущество, если бы дар не был сделан. Возьмем приведенный выше гипотетический случай (§ 541): умерший *А.* был домицилированным англичанином, обладавшим земельной собственностью в Англии, Франции и Германии. Допустим, что он еще при жизни дал своей дочери *Д.* приданое, а своему сыну *С.*—определенную сумму денег, взяв в обоих случаях деньги из сумм, вырученных от продажи части своего германского имущества; его другой сын *Н.* не получил ничего. Затем *А.* умирает без завещания. Приданое дочери *Д.* и дар сыну *С.* должны быть внесены, если это вообще должно быть сделано, в германскую наследственную массу. Вопрос о том, должны ли эти дары в о о б щ е быть учтены при определении наследственной массы, должно разрешить исключительно германское право. По германскому праву приданое дочери должно быть учтено в наследственном имуществе, между тем как дар сыну *С.* (как правило) не подлежит учету в этом имуществе[2]. Если бы было применено французское право, дар сыну *С.* подпал бы под действие нормы об учете прижизненных выдач; но французское право не применяется к распределению германской массы, а французская масса не имеет отношения к дару, сделанному *С.* Таким образом, германское право самостоятельно регулирует этот вопрос. Оно также регулирует все вопросы, касающиеся деталей[3], как, например:

а) Действует ли норма об учете прижизненных выдач в отношении распределения только между потомками умершего или она подлежит применению также и в отношении пережившего супруга?

б) Применима ли эта норма при наличии завещания или же только в тех случаях, когда завещание не оставлено?

---

[1] См. *Lewald*, Successions, 83, 84.

[2] См. германский гражданский кодекс, § 2050, разд. 1 и 3.

[3] Различные правовые системы по-разному отвечают на эти вопросы. Ср. английский Administration of Estates Act 1925, s. 47, sub-s. (I) (iii); германский гражданский кодекс, §§ 2050—7; французский гражданский кодекс, ст. ст. 843—869.

в) Должно ли регулирование долей при распределении наследственного имущества производиться посредством восстановления полученного дара в натуре или внесением его стоимости, с соответствующим уменьшением доли получившего дар наследника, в распределяемую массу?[1]

544. Действительность завещания

3) Никаких серьезных затруднений не возникает, когда завещание одним и тем же судом считается действительным, поскольку применяется право домицилия, и недействительным в той части, которая регулируется правом места нахождения имущества (*lex situs*)[2]. Такое положение представляет собой всего лишь ненормальную деталь.

545. Доктрина выбора

4) Доктрина выбора, принятая английским правом справедливости и не известная континентальным правовым системам, имеет в виду случаи, когда завещатель *А.* оставляет некоторое свое имущество лицу *Б.* и в том же завещании часть имущества *Б.* завещает *В.* В этом случае *Б.* предоставляется выбор: он может либо принять завещанное ему имущество, согласно завещанию, или же сохранить свое собственное имущество вопреки завещанию. В первом случае, т. е. если он принимает легат, он должен разрешить *В.* взять его (*Б.*) имущество, как это предписано завещателем. Если *Б.* сохраняет свое собственное имущество вопреки воле завещателя, он теряет свой легат в том размере, какой необходим для компенсации *В.* за лишение его завещанного ему легата. Эта норма применяется также и в том случае, если имущество, завещанное *В.*, принадлежало завещателю *А.* в то время, когда он совершал свое завещание, но по смерти *А.* полностью или частично перешло к *Б.* в силу закона, как если бы *Б.* был сыном и наследником *А.* Проблема международного частного права возникает в тех случаях, когда завещатель оставляет недвижимое имущество за пределами страны его домицилия. Применяется ли, в частности, английская норма о выборе: а) если домицилий английский или б) если недвижимость, принадлежащая *Б.*, но завещанная *В.*, находится в Англии? Правильно будет ответить, что решающим должно быть право

---

[1] Или, применяя французское выражение (ст. 858), «возврат» производится «в натуре» или «посредством уменьшения получаемой доли».

[2] de Fogassieras v. Duport (1881) II Ir. Rep. 123, 126; In re Goods of Gentili (1875) Ir. Rep. 9 Eq. 541; Murray v. Champernowne (1901) 2 Ir. Rep. 232, 236; In re Rea (1902) 1 Ir Rep. 451, 461; In re Moses (1908) 2 Ch. 235.

домицилия. Если *А.* владеет недвижимостями, расположенными в Парагвае, и оставляет их *В. in toto* (полностью), хотя по парагвайскому праву он может распорядиться только одной пятой этого имущества (четыре пятых составляют обязательную долю—porcion reservada—его ребенка), и если тем же самым завещанием он завещает своему единственному ребенку *Б.* определенную сумму денег,—то английская норма о праве выбора будет применима, потому что завещатель имеет английский домицилий[1]. Завещанный *В.* легат из недвижимого имущества недействителен в отношении четырех пятых этого имущества; остается единственный вопрос о том, как влияет недействительность этого легата на легат, оставленный для *Б.* На этот вопрос может ответить только право, регулирующее действительный легат в пользу *Б.*, т. е. право домицилия завещателя. Эта правовая позиция (вероятно) изменится, если легат в пользу *Б.* будет состоять не из денежной суммы, но из другого (наряду с расположенным в Англии. — *Прим. перев.*) недвижимого имущества, расположенного, например, в Германии: в этом случае германское право должно было бы решить, может или не может *Б.* один получить германскую недвижимость, если он разрешит *В.* получить землю в Парагвае. Так как в германском праве нет нормы, сходной с английской доктриной права справедливости, то *Б.* не будет вынужден выбирать.

546. «Legitim»

5) Доктрина о различных режимах наследования не создает никаких затруднительных проблем, поскольку это касается законной доли (legitim) и части имущества, которой можно распоряжаться (quotité disponible). Если домицилированный англичанин оставляет банковские счета в Лондоне, Париже и Берлине и по дому в каждом из этих городов и если он завещает все, чем он владеет, своему другу *Д.*, не оставляя ничего своему единственному сыну *С.*, то такое завещание будет действительным по английскому и германскому праву и частично действительным (в пределах quotité disponible, т. е. одной половины)[2]—по французскому праву. *Д.*, следовательно, приобретает все три банковских счета, дома в Лондоне и Берлине и половинную долю в парижском доме, но он обязан уплатить сыну завещателя, *С.*, наличными половину стоимости берлин-

---

[1] См. In re Ogilvie (1918) I Ch. 492, 502. Старая норма, по которой английский наследник по закону английского белого поместья не может пользоваться правом выбора [Hearle v. Greenbank (1749) I Ves. Sen. 298; 306], является не нормой международного частного права, а нормой английского внутреннего права.

[2] Гражданский кодекс, ст. 913.

ского дома[1]; этим *Д.* может ограничить свою ответственность[2].

Таким образом, неудобства английской системы разделения, на которые принято указывать, при более близком исследовании оказываются крайне незначительными.

547. Уступка в пользу lex situs

IV. Некоторые из правовых систем, в принципе присоединяющихся к норме о едином праве, сделали значительную уступку норме о раздельности, действующей в других странах. В частности, германский Вводный закон к гражданскому кодексу[3] предписывает, что германская норма о едином праве, согласно которой должно применяться национальное право, неприменима в отношении имущества, находящегося вне пределов государства, гражданином которого состоял умерший, если, согласно коллизионной норме места нахождения имущества, должно применяться внутреннее материальное право, действующее в этом месте нахождения. Пример: домицилированный германский гражданин оставляет земельную собственность в Англии и в Италии. Согласно обычной германской коллизионной норме, все его имущество регулируется германским правом. Но так как Англия в отношении недвижимости применяет *lex situs*, германская норма о едином праве уступает место английскому принципу раздельности в отношении недвижимости, расположенной в Англии. В отношении итальянской недвижимости создается иное положение, так как Италия принимает принцип единства; в этом случае германский суд применит германское право. Такое частичное отступление Германии от своего руководящего принципа представляет собой настолько хорошую уступку благоразумию, насколько полумера может ею быть.

548. Renvoi и наследование

V. Таким образом, английская коллизионная норма о наследовании—как мы ее в дальнейшем будем для удобства называть—проводит различие между движимым и недвижимым имуществом: право последнего домицилия (*lex ultimi domicilii*) действует в отношении движимостей, и право места нахождения имущества (*lex situs*)—в отношении недвижимостей. Оба критерия, однако, существенно изменены доктриной обратной отсылки (renvoi). В области наследования эта доктрина применяется особенно часто, если гражданство умершего

---

[1] Германский гражданский кодекс, § 2303.

[2] По германскому праву ответственность не ограничена, но может быть ограничена некоторыми действиями самого легатария; германский гражданский кодекс, §§ 1967, 1975.

[3] Ст. 28, см. выше, § 201.

отличается от его последнего домицилия (например, если британский подданный умирает домицилированным в Италии) или если недвижимое имущество расположено в стране, в которой наследование как недвижимого, так и движимого имущества определяется национальным правом умершего (например, когда недвижимость находится в Италии и оставлена британским подданным, домицилированным в Англии). Нормы о renvoi в английском праве уже обсуждались выше, в § 178 и след.

549. *Публичный порядок и наследование*

VI. Английская коллизионная норма о наследовании очень редко нарушается концепцией публичного порядка или принципом о неприменении иностранного уголовного права. Если бы, однако, еще существовала такая страна, в которой гражданская смерть (mort civile) была бы признанным институтом или в которой монашеский обет создавал бы неправоспособность на принятие легата, то такая норма не применялась бы английским судом. Континентальные суды иногда исключали из применения нормы, установленные Советской Россией в отношении наследования[1]; английские суды так не поступали[24]. Норма, запрещающая расточителю совершать завещание, не будет иметь действия в Англии, так как статус расточителя неизвестен английскому праву.

БИБЛИОГРАФИЯ

H. Lewald, Questions de droit international des successions, 9 Rec., 1925 IV. *W. Breslauer*, The Private International Law of Succession in England, America and Germany, 1937. *Bentwich*, The Law of Domicile in its Relation to Succession, 1911. *Falconbridge*, Rev. Darras, 1932, 254, 451. *Lorenzen*, 7 Rabel's Z., (1933) 495. *A. Tiran*, Les successions testamentaires en droit international privé, 1932.

СФЕРА ДЕЙСТВИЯ КОЛЛИЗИОННОЙ НОРМЫ О НАСЛЕДОВАНИИ

1. Способность к приобретению наследства

В сферу действия коллизионной нормы о наследовании попадают вопросы о том, может ли данное лицо в качестве наследника или легатария наследовать имущество умершего или часть этого имущества, в каком порядке может быть осуществлено наследование, отвечает ли это лицо за долги умершего.

[1] *Lewald*, Successions, 41, 42.

550. *«Способность» в строгом смысле*

Первая проблема, являющаяся предметом обсуждения, касается «способности» к приобретению наследства. Способность лица к приобретению имущества путем наследования определяется не его личным законом, а (согласно коллизионной норме о наследовании) правом домицилия умершего или, при наследовании недвижимого имущества,— правом места нахождения этого имущества.

Противоположный взгляд основывался на двух решениях: по делу Hellmann's Will[1] и по делу Schnapper[2]. В обоих случаях завещательные отказы были сделаны в пользу лиц, которые по своему личному закону обладали способностью заключать действительные договоры и совершать другие действительные юридические акты; по английскому праву они этой способностью не обладали. Но по обоим этим делам предмет спора заключался не в том, правильно ли были созданы завещательные отказы (легаты), а в том, были ли легатарии способны осуществлять права, которые они законно приобрели, т. е. могли ли им быть выплачены завещанные суммы. Таким образом, оба указанных решения не имеют отношения к обсуждаемому нами вопросу.

Некоторые проблемы, относящиеся к интересующей нас теме, вызвали большие споры.

551. *Недостойность*

1) Какое право разрешает вопрос о том, является ли данное лицо недостойным быть призванным к наследованию ввиду совершения им определенных преступлений в отношении умершего, например, предумышленного или непредумышленного убийства[3]. Правильно будет ответить, что применению подлежит коллизионная норма о наследовании[4]. Положение может быть иным, если такая «недостойность» наследовать определяется «статусом» — неспособностью, присущей данному лицу. Но такое положение не имеет отношения к интересующему нас вопросу: убийца сохраняет свою способность наследовать имущество любого третьего лица. Английские суды исключение из наследования лица, преступно убившего заве-

---

[1] (1866) L. R. 2 Eq. 363.

[2] (1928) Ch. 420.

[3] Ср. немецкую поговорку: «Blutige Hand nimmt kein Erbe» (окровавленная рука не получает наследства). См. также *Chadwick*, 30 L. Q. R. (1914) 211. Английское право: Cleaver v. Mutual Reserve Fund Life Association (1892) I Q. B. (C. A.) 147; In re Halle (1914) P. 1,5 и др.

[4] *Lewald*, Successions, p. 57, note 2.

щателя, основывали на публичном порядке[1]; они, следовательно, несомненно применят английскую норму, если коллизионная норма о наследовании не объявляет убийцу недостойным.

552. *Статус*

2) Даже в тех случаях, когда предметом спора является статус лица, например, в случае, когда речь идет об узаконенном внебрачном ребенке, способность приобретать землю английское право определяет по праву места нахождения земли, а не по праву домицилия незаконнорожденного[2]. Континентальные суды приходят к тому же: они применяют право, которому подчиняется наследование (т. е. личный закон умершего).

553. *Способность неродившегося ребенка к приобретению наследства. Наследственная правоспособность корпораций*

3) Коллизионная норма о наследовании, кроме того, отвечает еще на вопрос о том, могут ли приобретать права по наследованию неродившийся ребенок[3] или корпорация, последняя—в том случае, когдазакон допускает владение юридического лица имуществом без права передачи. Если, согласно праву домицилия завещателя, корпорация неправоспособна на приобретение по завещанию денежной суммы, превышающей определенный размер, или если *lex situs* запрещает корпорациям приобретение недвижимого имущества, то такие запреты делают завещательный отказ недействительным[4]. С другой стороны, если применимое к наследованию право не содержит подобных ограничений, но право той страны, в которой корпорация была образована, запрещает корпорациям приобретение земли или денег, то от этого последнего права зависит, будет ли легат признан недействительным ввиду его незаконности или же действительным, несмотря на запрет.

554. *Договор об отказе от наследования*

4) По некоторым континентальным правовым системам будущее право лица *К.* наследовать имущество *Б.* может быть законно аннулировано при жизни *Б.* посредством формального

---

[1] In re Hall (1914) P., p. 5.

[2] Birtwhistle v. Vardill (1840) 7 Cl. and Fin., 895.

[3] Примеры: итальянский гражданский кодекс 1865 г. ст. 764 § 2. См. *Lewald*, Successions, 61, который правильно предостерегает против «ошибочности и двусмысленности» термина «capacity» (право- и дееспособность).

[4] Att.-Gen. v. Mill (1831) 2 Dow. and Cl. 393, 402; Mayor of Canterbury v. Wyburn (1895) A. C. (P. C.) 89, 97; In re Hoyles (1911) I Ch. (C. A.) 179; In re Dawson (1915) I Ch. (C. A.) 626.

договора между *А.* и *Б.*, по которому *А.* отказывается от своего будущего права[1]. Большинство правовых систем, в частности, французское право, и правовые системы, основывающиеся на французском гражданском кодексе (например, бельгийское, голландское, итальянское, испанское и португальское право), отвергает такого рода договоры. Английскому внутреннему материальному праву этот институт также неизвестен, но если английская коллизионная норма о наследовании указывает на иностранную правовую систему, допускающую такой договор, это иностранное право будет применено (и никакие соображения английского публичного порядка этому не препятствуют). В известном датском деле Arenstorff v. Gigliolі[2] дочь умершего заключила со своим отцом договор, по которому отказалась от права наследования его имущества. Отец был домицилированный датский подданный, дочь была итальянкой по браку и домицилирована в Италии. Договор был действителен по датскому праву и недействителен по итальянскому праву. Датский суд правильно применил датское право как право, подлежащее применению к наследованию.

2. Право наследования

а) Отсутствие завещания

555. Родственники и супруги

Право лица наследовать имущество может основываться на нормах, регулирующих наследство, оставленное без завещания, на завещании умершего или на договоре о наследовании. Случаи отсутствия и наличия завещания предусмотрены во всех правовых системах, договоры о наследовании—не во всех.

Если начать с наследства, оставленного без завещания, то совершенно очевидно, что коллизионная норма о наследовании определяет, до какой степени родства и в каком порядке родственники умершего имеют право наследовать и какая часть наследства, если такая вообще установлена, переходит к пережившему супругу. Эта норма также отвечает на вопрос о том, является ли данное лицо *А.* родственником, имеющим право наследования, и является ли *Б.* вдовой умершего. Если, например, умерший был домицилированным французом и *А.* является его узаконенным сыном, то французское внутреннее

[1] Такие договоры разрешены законодательством Германии, Австрии, Швейцарии и Скандинавских государств.

[2] Опубликовано в J. Clunet, 1904, 436. См. *Lewald*, Successions, pp. 58, 59.

материальное право решает, имеет ли узаконенный сын право наследовать, и в случае положительного ответа французская коллизионная норма определяет, на основании какого права проверяется узаконение *A*.[1]

556. Государство или корона в качестве наследника

При отсутствии ближайших родственников общераспространенная норма предусматривает, что имущество переходит к государству, к короне, к городской общине или к какому-либо иному публичному органу—в Германии, Италии и Швейцарии как к конечному «наследнику», в Англии, Австрии и Турции—в силу *ius regale* на *bona vacantia*[2] (выморочное имущество). В последнем случае коллизионная норма о наследовании неприменима, так как нет никакого правопреемства (наследования). Если, например, домицилированный австриец или турок не женат, не имеет никаких родственников и умирает без завещания, оставив движимое имущество в Англии, право домицилия умершего, т. е. коллизионная норма о наследовании, не применяется, так как право на выморочное имущество регулируется законодательством местонахождения этого имущества.[3]

б) Завещание

557. Способность к совершению завещания

При обсуждении завещаний целесообразно различать способность к совершению завещания, форму завещания и его действительность по существу.

I. Способность к совершению завещания определяется коллизионной нормой о наследовании. В отношении недвижимого имущества не возникает никаких затруднений—способность эта определяется местонахождением имущества (*situs fundi*) и это «место» (*situs*) не меняется. В отношении движимого имущества вопрос об этой способности разрешается правом домицилия завещателя. Так как домицилий может измениться после совершения завещания, трудность заключается в решении вопроса о том, какой из домицилиев должен быть решающим: домицилий, существующий в период совершения завещания, или домицилий умершего в момент его смерти? Английский принцип указывает на последний из этих домицилиев[4],

---

[1] См. об этом предварительном вопросе выше, § 196 и след.

[2] Англия: Administration of Estates Act, 1925, s. 46, sub-s. (I) (vi). Австрия: гражданский кодекс, ст. 760 (ср. In re Barnett's Trusts (1902) I Ch. 847, 855). Турция: In the Estate of Musurus (1936) 2 A. E. R. 1666.

[3] См. выше, § 146.

[4] In the Goods of Maraver (1828) I Hagg. Eccl. 498.

и некоторые континентальные авторы[1] одобряют этот взгляд. Но было бы в высшей степени неудовлетворительно совершенно исключить дату совершения завещания. Если домицилированный немец 16-летнего возраста совершает завещание в Германии, на что он по германскому праву дееспособен[2], и если он впоследствии приобретает английский домицилий и сохраняет его до дня своей смерти, то едва ли будет справедливо рассматривать это завещание как недействительное. Если совершен действительный юридический акт, нельзя допустить, чтобы он мог быть опорочен в силу того обстоятельства, что, согласно праву другого домицилия, отсутствовала дееспособность на совершение такого акта. Против этого положения приводился тот довод, что завещание не создает никаких прав до смерти завещателя. Это верно, но это возражение было бы обоснованным только в том случае, если бы признание иностранных актов оправдывалось только с точки зрения защиты «приобретенных прав» (vested rights). Поэтому как английская, так и континентальные правовые системы правильно принимают во внимание также и дату совершения завещания.

В Англии норма общего права, по которой способность совершить завещание определяется правом последнего домицилия, несколько ограничивается ст. 3 Закона о завещаниях 1861 г. (Lord Kingsdown's Act)[3]. Согласно этому Закону, завещание не становится недействительным по мотивам последующей перемены домицилия завещателя. Эта норма применяется не только в отношении формальной стороны завещания, но также и в отношении способности завещателя к совершению завещания[4]. Она применяется не только к английским подданным, как это установлено в первых двух статьях Закона, а к любому завещателю—гражданину любого государства и имеющему любой домицилий[5]. Это порождает следующие последствия:

а) Если завещатель, совершая завещание, был к этому «способен» согласно законодательству своего домицилия периода совершения завещания,—то завещание остается действительным даже и в том случае, если бы оно было недействительно по закону последнего домицилия завещателя ввиду его неспособности (совершить завещание. — *Прим. перев.*).

---

[1] *Zitelmann*, II. 968, *Frankenstein*, IV. 424.

[2] Гражданский кодекс, ст. 2229, § 2.

[3] 24 and 25 Vict., c. 114. См. ниже, § 560 и след.

[4] Это, однако, не совсем определенно, хотя текст постановления ясен. См. Dicey, 822. Нельзя привести ни одного источника ни в пользу, ни против этого взгляда.

[5] Сомнительно, однако, применима ли ст. 3 к иностранцам. См. ниже, 563 (в).

Следовательно, в приведенном выше примере завещание, совершенное 16-летним немцем в Германии, должно рассматриваться как действительное, даже если завещатель умирает домицилированным в Англии.

б) Если, наоборот, завещатель в момент совершения завещания не обладал способностью к этому с точки зрения права его домицилия времени совершения завещания, но считался бы способным к этому по закону своего последнего домицилия, то завещание будет действительным в силу нормы общего права. Это довольно странный результат. 20-летний англичанин совершает завещание и позднее приобретает швейцарский домицилий, который он сохраняет до своей смерти. Его завещание, хотя и недействительное в момент его совершения, стало действительным с переменой домицилия[1], даже если он знает, что во время совершения завещания он не обладал дееспособностью к этому. Такой завещатель рассматривается как лицо, подпадающее под действие внутреннего материального права и совершившее действительное завещание, которое оно впоследствии ошибочно считало недействительным[2] и поэтому никогда его не отменяло.

в) Наконец, сохраняет ли лицо, способное к совершению завещания согласно праву своего домицилия, эту способность, если оно в прежнем домицилии не совершило завещания? Пример: домицилированный 16-летний немец вместе со своим отцом бежит из Германии в Англию, где они домицилируются. Сохранил ли юноша, не совершивший в Германии завещания, свою дееспособность к совершению этого акта? Германское право не дает определенного ответа на этот вопрос, хотя здравым ответом должен был бы быть ответ вполне отрицательный. По английскому праву такого сохранения дееспособности, несомненно, не существует.

558. Завещание, совершенное по ошибке, в результате обмана, принуждения и т. д.

Континентальные авторы часто обсуждали вопрос о том, следует ли принципы, применимые в отношении дееспособности, по аналогии применять также к случаям, когда какой-либо юридический акт совершен по ошибке, вследствие сообщения неверных сведений, обмана, принуждения или недолжного влияния (undue influence). Различные системы внутреннего материального права по-разному регулируют вопрос о том, в какой мере такое умаление свободного выражения

---

[1] Это также находится под сомнением. Против: Story, § 465 и, хотя с очень большими колебаниями, Dicey, p. 823.

[2] Например, вследствие информации, полученной у хорошего друга и плохого юриста.

воли влияет на действительность совершенного акта. Такой акт может быть недействительным, оспоримым или действительным, несмотря на содержащийся в нем дефект, и если он оспорим, то срок, в течение которого можно добиваться признания его недействительным, не везде одинаков. Какое право регулирует все эти вопросы? В английском праве, как и в большинстве континентальных правовых систем, эта проблема не разрешена или на нее еще не было дано авторитетного ответа. Одна только норма, повидимому, твердо установлена законом: завещание, которое, несмотря на ошибку или неверные сведения, считается действительным согласно регулирующему его праву, остается действительным даже, если завещатель впоследствии меняет свой домицилий и если по праву этого нового домицилия завещание считалось бы недействительным. Это следует из текста ст. 3 Закона о завещаниях 1861 г.[1] Если завещание было совершено под влиянием обмана или принуждения, английский суд по соображениям публичного порядка (вероятно) применит *lex fori*. С другой стороны, если, согласно праву старого домицилия, завещание считалось недействительным или оспоримым, но было бы действительно с точки зрения права домицилия завещателя в момент его смерти, то решение вопроса о действительности завещания вызывает значительно большие трудности. Мы полагаем, хотя не без колебаний, что в этом случае, так же как и при решении вопроса о недееспособности, вопрос должен быть решен правом последнего домицилия, так как именно это право в принципе регулирует все побочные вопросы, касающиеся наследования движимого имущества.

559. Форма согласно общему праву

II. Форма завещания. До 1861 г. завещание должно было совершаться по форме, предписанной правом домицилия завещателя в момент его смерти. Ни соблюдения требований закона домицилия завещателя во время совершения завещания, ни требований закона места совершения завещания не было достаточно. Положение было в высшей степени неудовлетворительным. Домицилированный англичанин, заболевший во время своего заграничного путешествия и желавший немедленно составить свое завещание, мог встретить затруднения в подыскании юриста, который мог бы ему помочь в составлении завещания по английской форме, между тем как было бы легко использовать местную форму. Или же — домицилированный англичанин шотландского происхождения, совершивший свое завещание по английской форме, должен

---

[1] См. ниже, § 563.

был иметь право предполагать, что это завещание действительно и таковым останется. Но, согласно общему праву, действительность этого завещания зависела от того, сохранял ли завещатель свой английский домицилий до своей смерти. Если он покидал Англию навсегда для того, чтобы обосноваться в Чили, и умер в пути, то завещание было недействительно, потому что оно не было совершено по шотландской форме (так как «возродился» домицилий завещателя по происхождению). Если бы он доехал до Чили и там умер, завещание было бы недействительно, потому что оно не было составлено по чилийской форме. Запутанность этого положения стала очевидной после дела Bremer v. Freeman[1]. Завещательница, британская подданная, домицилированная во Франции, составила завещание по английской форме (во Франции). Завещание было признано недействительным, потому что не была соблюдена форма, предписанная французским правом[2].

560. Закон о завещаниях 1861 г.

В связи с этим решением возник Закон о завещаниях 1861 г. (Wills Act)[3], который с юридической стороны значительно улучшил положение, хотя формулировки этого Закона несовсем удачны.

Первые три статьи Закона нуждаются в тщательном разъяснении. Статьи 1 и 2 трактуют только о завещаниях, совершенных британскими подданными. Завещатель должен быть британским подданным во время совершения завещания. Необязательно, чтобы он оставался британским подданным до самой смерти, но также недостаточно того, чтобы он оставался таковым до дня своей смерти[4]. Закон, далее, касается только распоряжения персональным имуществом, т. е. движимостью и правами из найма[5], хотя трудно понять, чем вызвано это повторение различия между личным и реальным имуществом, когда очевидно, что никакого неудобства не возникло бы, если бы завещания, касающиеся пользования на праве аренды, были подчинены праву места нахождения имущества.

561. Статья 1 Закона

Статья 1 содержит положения относительно завещаний, совершаемых вне пределов Соединенного Королевства (Англии,

---

[1] (1857) 10 *Moore*, P. C., 306.

[2] Этот неудачный результат можно было бы предотвратить, если бы Тайный совет применил доктрину renvoi, которая в то время уже была полностью разработана.

[3] 24 and 25 Vict., C. 114.

[4] См. In Goods of von Buseck (1881) 6. P. D. 211, 212; Bloxam v. Favre (1883) 8 P. D. 101, 105 and (C. A.) 9 P. D. 130, 132.

[5] In re Grassi (1905) I Ch. 584, 590.

Уэльса, Шотландии и Северной Ирландии)[1], между тем как статья 2 трактует о завещаниях, совершенных в пределах Соединенного Королевства.

1) Завещание, совершенное согласно статье 1 (т. е. британским подданным вне Соединенного Королевства), формально действительно, не только:

а) если оно совершено в соответствии с нормой общего права, по которой требуется соблюдение формы, предписываемой правом последнего домицилия[2], но также и в следующих случаях:

б) если было соблюдено право места совершения завещания (*lex loci actus*), или

в) право того места, в котором завещатель был домицилирован во время совершения завещания (*lex praesentis domicilii*)[3], или

г) право домицилия по происхождению (*lex domicilii originis*), если этот домицилий находится в пределах Британских доминионов. Эта последняя возможность может оказаться особенно полезной, когда у завещателя во время путешествия в иностранном государстве или на борту иностранного судна возникают некоторые сомнения относительно того, где он в данный момент имеет свой домицилий.

Даже этот длинный перечень форм завещания не является исчерпывающим. Когда, согласно п. «б», признается применимым право места совершения завещания, то необходимо помнить, что здесь имеется в виду не только внутреннее материальное право этого места, но все действующее там право, включая и его коллизионные нормы. По делу Goods of Lacroix[4] завещание, совершенное по английской форме британским подданным, домицилированным во Франции, было признано действительным на том основании, что французская коллизионная норма определяет действительность завещания в отношении формы по закону места его совершения, либо по национальному праву завещателя.

562. *Статья 2 Закона*

2) Завещание, совершенное согласно статье 2 Закона о завещаниях (т. е. британским подданным в пределах Соединенного Королевства), формально действительно, не только:

---

[1] Не в Эйре, Исландии и не на острове Мэн.

[2] Ст. 4 Закона.

[3] Было ли необходимо это постановление? Не вытекает ли оно из общей нормы, содержащейся в ст. 3 Закона См. об этом ниже, стр. 625, 626.

[4] (1877) 2 P. D. 94. См. выше, § 187.

а) если оно совершено в соответствии с нормой общего права, по которой требуется соблюдение формы, предписываемой правом последнего домицилия завещателя[1], но также

б) если оно совершено в соответствии с правом места совершения завещания (*lex loci actus*)[2].

Таким образом, завещание, совершенное в Глазго британским подданным, домицилированным в Дании до самой своей смерти, формально действительно, если завещание отвечает требованиям либо датского, либо шотландского права.

Таким образом, завещатель как будто имеет по статье 2 Закона более ограниченный выбор, чем по статье 1, так как исключаются возможности применения *lex praesentis domicilii* (см. выше, 1 «в») и *lex domicilii originis* (см. выше, 1 «г»). Исключение домицилия по происхождению при завещаниях, совершенных в пределах Соединенного Королевства, вполне понятно: можно предполагать, что если британский подданный, домицилированный за границей, но находящийся в Соединенном Королевстве, составляет завещание, то он это сделает скорее в соответствии с формой местного права, чем обратится к праву своего, например, южноафриканского, домицилия по происхождению. Труднее понять, почему в статье 2 отсутствует указание на право настоящего домицилия завещателя. Означает ли этот пропуск, что это право не имеет значения, если завещание составлено в Соединенном Королевстве? Мы полагаем, что применение *lex praesentis domicilii*, несмотря на то, что указание на него опущено в тексте статьи 2, обеспечивается статьей 3 (как будет доказано ниже).

563. Статья 3 Закона

3) Статья 3 Закона трактует о влиянии последующей перемены домицилия на действительность завещания.

---

[1] Ст. 4 Закона.

[2] По делу Priest (1944) Ch. 58, домицилированный англичанин совершил в Шотландии завещание, содержавшее легат в пользу X. В соответствии с английским законом завещание было засвидетельствовано двумя свидетелями, одним из которых был муж X. Если применить *lex domicilii* (английское право), то легат будет недействителен (согласно ст. 15 Закона о завещаниях 1837 г.), между тем как по *lex loci actus* (по шотландскому праву) легат можно было бы защищать как предоставленный по собственноручному незасвидетельствованному завещанию. Судья Беннет признал, что легат был недействителен, потому что «завещатель не имел намерения совершить собственноручное незасвидетельствованное завещание». Однако когда закон предусматривает, что завещание действительно, если оно соответствует либо праву домицилия, либо праву места его совершения, то, казалось бы, не должно иметь значения, что думает завещатель по вопросу о том, какое право регулирует форму его завещания. В его намерения входит только совершить законный легат. Если он этого достигает согласно *lex loci actus*, то несущественно, если он думал, что он достиг цели по *lex domicilii*.

Она гласит: «Никакое завещание или иной завещательный документ не должны признаваться отмененными или ставшими недействительными, а равно не должно изменяться его толкование, вследствие какой бы то ни было последующей перемены домицилия лица, совершившего это завещание».

Это положение отчасти повторяет содержание статей 1 и 2: если *lex loci actus* был соблюден британским подданным, то не имеет значения, где был домицилирован завещатель, когда он совершал свое завещание, или где он был домицилирован впоследствии. Статья 3 повторяет также норму статьи 1, согласно которой завещание, совершенное британским подданным вне пределов Соединенного Королевства по форме, регулируемой правом домицилия завещателя во время совершения завещания, остается действительным, несмотря на последующую перемену домицилия. Но статья 3 идет значительно дальше, чем статьи 1 и 2:

а) Она, вообще, устанавливает, что завещание, которое было бы действительно, если бы завещатель впоследствии не переменил своего домицилия, остается действительным, несмотря на такую перемену. Это положение, повидимому, применяется также и в тех случаях, когда завещатель совершил свое завещание в Соединенном Королевстве по форме не места его совершения, а по форме его домицилия того времени. Пример: домицилированный шотландец совершил свое завещание в Англии по шотландской форме; впоследствии он оставляет шотландский домицилий и умирает домицилированным в Нью-Йорке; в этом случае завещание остается действительным. Можно возразить, что оно никогда не было действительным потому, что его действительность зависела от домицилия завещателя в день его смерти и что до этого дня завещание не могло определяться ни как действительное, ни как недействительное. Но текст статьи 3 прямо говорит о завещании, которое «не становится недействительным» вследствие «какой бы то ни было последующей перемены домицилия». Таким образом, следует предполагать, что по старой норме общего права завещание, совершенное по форме, предписанной правом настоящего домицилия завещателя, действительно, и что оно становится недействительным в случае перемены домицилия[1].

б) Статья 3 Закона применяется не только к формальной стороне завещания, как это имеет место в отношении статей 1 и 2, но также и к его «толкованию» и к «способности» завещать[2] и, кроме того, также к последствиям событий, которые

---

[1] Dicey, p. 822, как будто разделяет изложенное здесь мнение, между тем как Cheshire, p. 519, придерживается другого взгляда.

[2] Хотя это находится под сомнением. См. выше, § 557.

(события) по некоторым правовым системам могут рассматриваться как действия, отменяющие завещание[1].

в) Эта статья применяется к завещаниям иностранцев так же, как и к завещаниям британских подданных. Это положение, однако, оспаривалось известными авторами[2]. Но в то время как, согласно статьям 1 и 2 Закона, британское гражданство завещателя является условием применимости соответствующих норм,—статья 3 воздерживается от установления каких бы то ни было ограничений. Правда, наименование Закона гласит: «Закон о дополнении права, действующего в отношении завещаний движимого имущества, совершенных британскими подданными», и происхождение Закона свидетельствуют о том, что неудобства, созданные решением по делу Bremer v. Freeman[3] для британских подданных, постоянно пребывавших во Франции, послужили поводом к изменению права. Но все эти аргументы мало что доказывают. Закон, целью которого является улучшение правовой нормы *X*, может тем самым, кроме того, помочь устранить еще и другую неудобную норму *Y*. Что же касается происхождения закона, то использование ссылок на происхождение закона для его толкования должно быть запрещено в любой стране, как это, к счастью, запрещено в Англии,—на том основании, что закон часто оказывается более мудрым, чем законодатель. Применение статьи 3 к завещанию иностранца поддержано решением по делу The Estate of Groos[4]. Судья, несомненно, мог обосновать свое решение иными доводами, именно—решением, вынесенным судьей Воген Вильямсом по делу Мартин[5], но он этого не сделал, возможно, потому, что он сомневался в правильности *ratio decidendi* судьи Вильямса, которое, как мы полагаем, может быть опровергнуто.

564. *Завещатель иностранного гражданства*

Согласно английской коллизионной норме, завещатель, не являющийся британским подданным, обязан совершить свое завещание по форме, предписанной правом его домицилия. Недостаточно, чтобы были соблюдены нормы, действующие в месте совершения завещания, если только право домицилия путем renvoi не отсылает к праву места совершения завещания. Иногда право домицилия запрещает своим гражданам

---

[1] См. ниже, §§ 569, 570.

[2] В частности, *Dr. Cheshire*, pp. 520—523, между тем как *Dicey*, p. 820, и *Westlake*, p. 85, защищают общее применение ст. 3.

[3] (1857) 10 *Moore*, P. C. 306.

[4] (1904) P. 269.

[5] (1900) P. (C. A.) 211, 240.

пользоваться определенными формами при совершении завещания за границей.

Так, например, известная ст. 992 голландского гражданского кодекса 1829 г. предусматривает, что голландские граждане за пределами Нидерландов не должны совершать собственноручных завещаний[1], за исключением немногих несущественных случаев. Сомнительно, насколько иностранные суды будут принимать во внимание эту норму: она составляет исключение из принципа, по которому форма документа регулируется (принудительно или диспозитивно) правом места совершения документа[2]. Так как английская коллизионная норма признает этот принцип только в отношении завещаний, совершенных британскими подданными, то собственноручное завещание, совершенное голландским подданным во Франции или в Германии, будет в Англии (и, конечно, в Нидерландах), рассматриваться как недействительное, а во Франции и в Германии— как действительное. Вопрос о применении странной голландской нормы английским судом может возникнуть только в том, случае, когда завещатель имеет двойное подданство (sujet mixte), т. е. и британское и голландское[3] подданство, или когда *lex domicilii* совпадает с *lex loci actus* или отсылает к нему путем renvoi. Пример: голландский подданный совершает во Франции, где он домицилирован, свое завещание в олографической форме, разрешенной французским правом, или же он совершает свое завещание в Германии по германской олографической форме, хотя его домицилий находится во Франции. Он оставляет движимое имущество в Англии. Нам кажется, что правильно будет считать, что английский суд разрешит официально утвердить такое завещание.

565. Различные правила толкования

III. Толкование завещаний. Согласно всем правовым системам, толкование завещания должно быть направлено к установлению намерения завещателя, выраженного в документе. Но различные системы отличаются друг от друга в отношении способов, к которым можно прибегать для достижения этой цели. Английское право, как правило, не разрешает принимать во внимание какое-либо намерение, которое не может быть подтверждено текстом самого завещания,

---

[1] То же и в Португалии, Уругвае и Греции; Fragistas Rabel's Z. 4. (1930) 930.

[2] *Lewald*, Successions, p. 99. Fragistas, loc. cit. Эта проблема не имеет ничего общего с проблемой квалификации, как это полагают некоторые французские авторы.

[3] Таким образом, ст. 1 Закона 1861 г. становится применимой.

а может быть выведено только из «внешних» обстоятельств[1]; континентальные правовые системы не признают такого ограничения. Большинство правовых систем установило ряд правил об интерпретации или канонов толкования, определяющих, что̀ следует рассматривать как предполагаемое намерение завещателя в том случае, когда он употребляет некоторые определенные слова,—такие, как «ближайший родственник»[2], «дети», «потомки», или когда он делает те или иные распоряжения.

Два примера по этому вопросу из английского права. Во-первых, норма права справедливости о замене исполнения. Если завещатель оставляет по завещанию своему кредитору сумму денег, равную сумме его долга или превышающую ее, не ссылаясь на этот долг, то следует предполагать, что легат совершен в уплату долга[3]. В континентальных кодексах для таких случаев содержится диаметрально противоположная норма о толковании[4]. Второй пример: англичанин, домицилированный во Франции, совершает завещание в Англии по английской форме. В этом завещании он предписывает своему душеприказчику разделить наследственное имущество, которое останется после уплаты долгов, между десятью названными им легатариями; двое из них умерли раньше завещателя, не оставив потомков. Если завещание толковать согласно английскому праву, то две десятых доли должны перейти как имущество, оставленное без завещания. Если же толкование завещания будет регулироваться французским правом[5], то все наследственное имущество подлежит распределению между восемью оставшимися легатариями[6].

566. Применимое право

Какое право следует применять? Хотя все относящиеся к этому вопросу нормы устанавливают опровержимые презумп-

---

[1] См. *Lord Wenslaydale* по делу Abbot v. Middleton (1858) 7 H.L.C. 68, 114.

[2] По делу Fergusson's Will (1902) 1 Ch. 483: домицилированный англичанин в своем английском завещании оставил легат своей домицилированной германской племяннице, а в случае ее смерти—ее ближайшему родственнику. По германскому праву ближайшими родственниками этой племянницы были не те же самые лица, что по английскому праву. Суд вынес решение в пользу английской интерпретации.

[3] Campbell v. Campbell (1866) L. R. I Eq. 383, 387.

[4] См. французский гражданский кодекс, ст. 1023: «Легат, установленный в пользу кредитора, не должен рассматриваться как предоставление имущества, сделанное для зачета его требования». Та же норма имеется во всех кодексах, составленных по французскому образцу, в римском праве (Dig. 37.7.4), в некоторых германских законах (ср. прусский кодекс 1794 г., I, 12, §§ 439, 440) и т. д.

[5] Гражданский кодекс, ст. 1044.

[6] In re Connington (1924) 4 Ch. 68, 71.

ции и тем самым регулируют бремя доказывания, но никогда не указывалось, что эти нормы носят процессуальный характер и что, следовательно, действовать должен *lex fori*. Применение таких норм зависит от коллизионной нормы о наследовании. Иностранные нормы о толковании применимы, следовательно, в том случае, когда завещатель оставляет за границей недвижимое имущество либо если он в момент своей смерти имеет иностранный домицилий. В первом случае применяются нормы, действующие в месте расположения имущества; во втором — нормы права домицилия, и если домицилий завещателя меняется после совершения завещания, то ст. 3 Закона о завещаниях 1861 г. прямо предусматривает, что толкование завещания не должно изменяться в связи с такой переменой. Но так как нормы о толковании представляют собой только презумпции относительно намерения завещателя, то сторона, заинтересованная в завещании, может оспаривать такую презумпцию. Она может сделать это не только представлением доказательств того, что завещатель имел в виду нечто отличное от того, к чему приводит презумпция, но также доказывая, что завещатель, делая свои завещательные распоряжения, имел в виду иную правовую систему, чем право домицилия или право места нахождения имущества[1]. Приведем некоторые примеры:

1) Завещатель в одном и том же завещании распоряжается своим движимым имуществом, находящимся в стране *X*, где он домицилирован, а также недвижимостями, расположенными в стране *Y*. Нельзя предположить, что он имел в виду, чтобы его объединенные распоряжения толковались каким-либо одним способом в отношении его движимого имущества и другим способом в отношении его недвижимости. В этом случае обычно применяется право домицилия, если только движимое имущество умершего не является незначительным по сравнению с его земельной собственностью.

2) Если домицилий находится в стране, с которой завещатель не имеет никакой реальной связи, то можно исходить из презумпции, что нормы толкования, предусмотренные правовой системой места постоянного пребывания завещателя, лучше могут служить выполнению его намерений, чем нормы его домицилия. Примером такого положения может служить завещание женщины, урожденной англичанки, вступившей в брак с домицилированным итальянцем, затем оставившей его без развода и вернувшейся в Англию, где она и составила завещание на английском языке. Хотя завещательница имеет

---

[1] In re Price (1900) 1 Ch. 442, 452.

итальянский домицилий, ее завещание должно толковаться с точки зрения английского права.

567. *Адэкватные концепции в различных правовых системах*

Трудности возникают, когда завещательные распоряжения, сделанные в соответствии с правом страны X, не могут быть осуществлены в стране Y, право которой содержит правовые концепции, резко отличающиеся от правовой системы страны X. В этих случаях создается такое же положение, как если бы концерт исполнялся на двух роялях, настроенных в различных тонах, в результате чего получается невыносимый диссонанс. Указанная трудность возникает в особенности в тех случаях, когда правом страны X является английское или англо-американское право, в то время как страна Y является континентальной страной, право которой в основном базируется на римском праве. Толкование английского завещания, которое должно действовать и в Англии и во Франции (или Германии), не будет полным, когда намерение завещателя, выраженное в завещании, достаточно ясно установлено для того, чтобы ориентировать английского юриста в отношении соответствующих правовых концепций. Для того, чтобы завещание могло исполняться во Франции или Германии, концепции английского права необходимо как бы «перевести» на французское или германское право для того, чтобы найти а д э к в а т н ы е континентальные концепции[1]. Возьмем типичное английское завещание, по которому завещатель назначает исполнителя завещания и доверительного собственника, оставляет пожизненную ренту своей жене и предписывает, чтобы его движимое имущество было в равных долях распределено между его детьми после смерти его жены. Если последний домицилий завещателя был французский или германский, то толкование его английского завещания, хотя и совершенно ясного с точки зрения английского права, все же дает повод для сомнений при исследовании соответствующих институтов французского или германского права. По английскому праву исполнитель и доверительный собственник становится юридическим собственником всего имущества, по континентальным правовым системам—право собственности немедленно приобретается бенефициарием при универсальном правопреемстве, и исполнитель завещания имеет только право управления. Правильно ли будет превратить назначенного исполнителя завещания (душеприказчика) и доверительного собственника в исполнителя в понимании французского и германского права, или же предпочтительнее

---

[1] См. *Crichton*, 40 L. Q. R. (1924) 472, и Breslauer, op. cit., p. 143 et seq.; ср. выше, § 509.

рассматривать его, соответственно, как «универсального легатария» (legataire universel) французского права или как «наследника» (Erbe) германского права? Первое предположение, вероятно, более правильно[1]. Следует ли пожизненное имущество вдовы толковать, как узуфрукт (Niessbrauch—право пользовладения)[2] или как право собственности, ограниченное «отменительным условием» (Vorerbe германского права), и должны ли дети завещателя рассматриваться как единственные собственники (наследники), права которых обременены правом вдовы в чужом имуществе (*ius in re aliena*), или же они должны рассматриваться только как обладающие ограниченным правом собственности (подчиненным отлагательному условию—Nacherben)? Однако ответы на вопросы этого рода могут быть даны не международным частным правом, а только сравнением двух систем внутреннего материального права.

568. Действие завещания

IV. Действие завещания определяется коллизионной нормой о наследовании. Право последнего домицилия завещателя или же, когда вопрос касается недвижимости, право места нахождения имущества решает, может ли завещание быть выполнено или к этому имеются какие-либо препятствия. Некоторые из возникающих при этом проблем могут быть иллюстрированы на следующих примерах:

1) Завещатель, будучи домицилирован во Франции, совершает завещание, по которому он все свое имущество завещает благотворительной организации и ничего не оставляет своему сыну. Если он умирает, все еще оставаясь домицилированным во Франции, его завещание не имеет никакого действия в отношении половины имущества, составляющей обязательную долю сына. Если он, однако, переменит свой домицилий и умрет домицилированным англичанином, завещание будет действительно полностью[3]. Даже если он производит перемену домицилия только для того, чтобы лишить своего сына его французского права на законную долю, то такая перемена влечет за собой применение английского права потому, что при жизни отца сын не имеет никакого права наследования ни по французскому, ни по любому иному праву (его надежда на наследование может быть уничтожена в любой момент его собственной смертью), и еще потому, что французская доктрина обхода

---

[1] См. In re Piercy (1895) 1 Ch. 83, 87: не доверительные собственники, а бенефициарии являются «наследниками».

[2] Так, например, In re Moses (1908) 2 Ch. 235 (в отношении римско-голландского права).

[3] In re Groos (1915) 1 Ch. 572, 576. Ср. Thornton v. Curling (1824) 8 Sim. 310; Campbell v. Beaufoy (1859) *Johns.* 320, 325.

закона (fraude à la loi),—если здесь имел место такой обход,—была бы отвергнута английским судом[1].

2) Завещатель, домицилированный во Франции, назначает некоего *X.* своим «наследником» и завещает принадлежащий завещателю в Германии земельный участок другому лицу *Y.* Вопрос о том, приобретает ли *Y.* тотчас право собственности на землю (французское право) или же только право требования к *X.* о передаче права собственности (германское право), должен быть разрешен в соответствии с правом места нахождения имущества. Таким образом, *Y.* приобретает право требования к *Y.* Вопрос был бы более сложным, если бы завещатель завещал *Y.* какое-нибудь движимое имущество, находящееся в Германии, например, определенные ценные бумаги, депонированные в германском банке. На первый взгляд кажется, что вопрос о том, приобретает ли *Y.* право собственности на эти ценные бумаги, должен быть разрешен коллизионной нормой о наследовании, т. е. правом (французского) домицилия. По французскому праву *Y.* становится собственником в день смерти завещателя. Тем не менее, очень сомнительно, может ли переход права собственности на индивидуально определенную вещь без ее фактической передачи быть разрешен вопреки праву той страны, в которой эта вещь находится. Мы полагаем, что это не может иметь места; французская норма о сингулярном правопреемстве не может быть применена к вещам, находящимся вне Франции.

3) От права, регулирующего наследование имущества завещателя, зависит, может ли завещатель назначить несколько наследников или легатариев, из коих один обладает правом в течение определенного периода или до наступления определенного события (например, до его смерти), а другой затем занимает место первого; от этого права также зависит, какое число таких субституций может быть разрешено. Если, например, завещатель *З.* предоставляет *А.* пожизненное владение имуществом, а *Б.*—возвратное право (в отношении движимого имущества), то значение имеет только право домицилия *З.* и несущественно, допускает ли личный закон *А.* такое ограничение его права, какое было бы на него наложено по праву домицилия *З.*[2]

569. Отмена завещания. Общая норма

V. Отмена завещания. Отмена завещания регулируется его собственным правом. Когда, например, завещатель, переменив свой домицилий, намерен отменить свое завещание

---

[1] Выше, § 136.
[2] Против: *Frankenstein*, IV. 479.

путем совершения нового завещания, то форма этого нового завещания должна соответствовать праву нового домицилия. Толкование нового завещания также должно производиться в соответствии с правом домицилия завещателя в момент совершения завещания, а вторая перемена домицилия, имевшая место после совершения нового завещания, не будет иметь значения. Иногда возникает сомнение относительно того, создает ли новое завещание полную отмену старого завещания или нет. По швейцарскому праву, например, новое завещание, даже совпадающее со старым, должно, в случае каких-либо сомнений, толковаться как отмена старого[1], между тем как в германском праве применяется противоположная норма[2]. Если старое завещание было совершено домицилированным немцем, который впоследствии приобрел швейцарский домицилий и затем совершил второе завещание, то на вопрос о том, полностью ли отменено старое завещание, ответ должен быть дан в соответствии со швейцарским правом.

570. Норма «брак отменяет завещание»

Согласно английскому праву и некоторым системам, от него происходящим, завещание отменяется со вступлением завещателя в брак, если только оно прямо не было совершено ввиду брака[3]. Эта норма в Англии рассматривается как часть семейного права[4] и поэтому применяется только (и всегда) в том случае, если супруги имеют английский домицилий в момент заключения их брака; домицилий завещателя в момент совершения завещания и его домицилий в момент его смерти не имеют значения. Если домицилированный шотландец совершает завещание, формально действительное согласно шотландскому и английскому праву, а затем приобретает английский домицилий и женится в Англии, — то это завещание отменяется в силу закона. Но если он женится, будучи домицилированным в Шотландии, и умирает как домицилированный англичанин, то его завещание остается в силе[5]. Американская коллизионная норма отличается от этой нормы: право последнего домицилия определяет, может ли какой-либо акт отменить завещание, относящееся к движимому имуществу[6]. Амери-

---

[1] Швейцарский гражданский кодекс, ст. 511.

[2] Германский гражданский кодекс, § 2258, разд. 1.

[3] Wills Act, 1837 (7 Will. IV and I Vict., c. 26) s. 18. Law of Property Act, 1925 (15 Geo. V, c. 20) s. 177.

[4] In re Martin (1900) P. 211, 240 (per *Vaughan Williams*, L. J.).

[5] Cp. In re Goods of Reid (1866) L. R. I P. and D. 74; In the Estate of Groos (1904) P. 269.

[6] Restatement, s. 307.

канская норма представляется более предпочтительной, чем английская, ибо трудно согласиться с английским взглядом, который относит норму «брак отменяет завещание» к области «семейного права», имея в виду, что действительность или ничтожность завещания не оказывает никакого действия до смерти завещателя, т. е. до тех пор, пока брак не прекращает своего существования[1].

571. Совместные завещания

VI. Некоторые особые виды завещаний. Некоторые правовые системы разрешают совместные завещания, особенно если они совершаются супружеской четой (английское[2], шотландское, южноафриканское, германское, австрийское право), но большинство стран запрещает такие завещания, например, Франция, Италия, Испания, Португалия, Нидерланды, южноамериканские государства и штат Луизиана. В тех случаях, когда допускаются совместные завещания, распоряжения, сделанные обоими завещателями в одном документе, могут находиться во взаимной зависимости друг от друга или могут не зависеть одно от другого. Взаимная зависимость означает, во-первых, что если один из завещателей отменяет свои распоряжения, то распоряжения второго завещателя также становятся недействительными и, во-вторых, что если один из завещателей умирает, когда завещание еще сохраняет свою силу, распоряжения пережившего завещателя становятся безотзывными, по крайней мере, если он принял какую-либо выгоду по завещанию[3]. В случае такой взаимозависимости особенность совместного завещания не есть только вопрос его формы, но также и существа. Это имеет значение, когда возникают вопросы международного частного права. Правовые системы, запрещая совместные завещания, могут рассматривать такой запрет как меру предосторожности против недолжного влияния; такое запрещение может также диктоваться нежеланием законодателя создавать какие-либо ограничения для свободной отмены завещаний. В первом случае запрещение совместных завещаний касается формы завещаний; такова точка зрения французского права. В последнем случае, как это, например, имеет место в Италии, предметом спора является внутренняя действительность завещания. Таким

---

[1] Некоторый интерес может представлять решение, вынесенное H. F. Jeune (Pres.) по делу Martin, loc. cit., p. 223, квалифицировавшим норму «брак отменяет завещание» как относящуюся к наследованию (отменено по апелляции).

[2] Об английском праве см. Jarman, On Wills, p. 43.

[3] О южноафриканском праве по этому вопросу см. *R. W. Lee*, Introduction, pp. 287, 288.

образом, если домицилированная французская супружеская чета совершает совместное завещание в Германии и по германской форме, то такое завещание будет считаться действительным во всякой стране, где *lex loci actus* регулирует форму документа. Если такое же совместное завещание будет совершено итальянской четой, то недействительность такого завещания следует из того обстоятельства, что действительность по существу определяется личным законом завещателей[1].

Английское право, разрешающее совместные завещания и устанавливающее, в случае взаимных распоряжений, определенную взаимозависимость между ними[2], будет, вероятно, относиться к иностранным запрещениям так же, как и иностранный суд поступает в таких случаях.

572. Полномочия на учреждение семейного имущества

По английскому и американскому праву, но не по континентальному[3], завещатель *З.* может по завещанию или назначению предоставить любому лицу *Л.* полномочие назначить по завещанию или *inter vivos* лиц, которые при наступлении определенного условия, например, в случае смерти *Л.*, должны наследовать имущество *З.*; *З.* именуется лицом, дающим полномочия, *Л.*—получающим полномочия, а лицо, которое *Л.* назначает в качестве правопреемника, является «управомоченным на семейное имущество»[4]. Никаких затруднений не возникает, поскольку речь идет о наследовании недвижимого имущества: все связанные с этим вопросы разрешаются правом места нахождения имущества[5]. Но в отношении движимого имущества суды часто сталкиваются со следующей проблемой: регулируется ли осуществление полномочий, предоставленных *Л.*, правом его домицилия или домицилия *З.*? Английское право дает на этот вопрос различные ответы, в зависимости от того, являются ли полномочия, предоставленные *Л.*, «общими» или «специальными» полномочиями. Общими полномочиями считаются полномочия, которые лицо, ими облеченное, может осуществить в пользу любого лица, которое оно изберет, включая и себя самого; специальные полномочия даются тогда, когда лицо, которому могут предоставляться

---

[1] *Lewald*, Successions, 100, 101.

[2] Dufour v. Pereira (1769) I Dick. 419.

[3] На континенте действует римская норма: завещатель не может сделать такого завещательного распоряжения, по которому другому лицу предоставляется назначать лицо, могущее получить дар (германский гражданский кодекс, § 2065). Из этого допускаются некоторые исключения, когда очень ограниченные полномочия делать такие назначения могут быть предоставлены; §§ 2151, 2156 германского гражданского кодекса.

[4] См. *Dicey*, pp. 829, 830.

[5] In re Hernando (1884) 27 Ch. D. 284, 296, 297.

права в отношении наследства, должно принадлежать к определенной группе лиц, например, к «потомкам *X*.». В первом случае *Л*., если он осуществляет свои полномочия посредством совершения завещания, совершает свое собственное завещание и в принципе рассматривается как завещатель; во втором случае он в основном рассматривается как агент, выполняющий поручение, данное ему доверителем[1].

573. Способность к осуществлению полномочий

а) Способность доверенного лица к осуществлению посредством завещания данных ему полномочий на учреждение семейного имущества. Доверенное лицо, по крайней мере в тех случаях, когда ему предоставлены специальные полномочия, должно обладать дееспособностью согласно праву его собственного домицилия, либо согласно праву последнего домицилия доверителя. Если, например, доверитель—домицилированный англичанин, а доверенное лицо имеет свой домицилий в Венгрии и достигло только 22-летнего возраста, являясь таким образом, согласно своему праву, несовершеннолетним, такое доверенное лицо может законно осуществлять предоставленные ему полномочия. В случае предоставления общих полномочий[2], завещание (вероятно) будет недействительно, если доверенное лицо, согласно праву своего домицилия, не обладает дееспособностью.

574. Форма завещания, совершаемого доверенным лицом

б) Форма завещания, посредством которого осуществляются полномочия. Если документ, предоставляющий полномочия, регулируется английским правом, то завещание, посредством которого полномочия осуществляются, будет формально действительным:

1) Если завещание действительно согласно обычной норме английского международного частного права[3], т. е. согласно праву последнего домицилия доверенного лица или его настоящего домицилия, или (если это лицо—британский подданный)[4] согласно *lex loci actus*, или,

---

[1] См. In re d'Angibau (1880) 15 Ch. D. 228, 243 (per Brett, L. J.); Pouey v. Hordern (1900) I Ch. 492; In re Pryce (1911) 2 Ch. (C. A.) 286, 297.

[2] In re Lewal's Settlement (1918) 2 Ch. 391. Решения по делу Pouey v. Hordern (выше) и In re Pryce (выше) рассматривают не вопрос об отсутствии дееспособности, но вопрос о внутренней недействительности (право распоряжаться обязательной долей). Вероятно, однако, что принципы, выраженные в этих решениях, будут применяться также и в отношении дееспособности.

[3] D'Huart v. Harkness (1865) 34 Beav. 324, 327; Re Price (1900) I Ch. 442, 452. In re Wilkinson's Settlement (1917) I Ch. 620, 626.

[4] Wills Act, 1861, s. I и s. 2, выше, §§ 561, 562.

в случае совершения завещания вне пределов Соединенного Королевства,—согласно праву британского домицилия по происхождению доверенного лица; либо

2) если завещание доверенного лица совершено по форме английского внутреннего материального права. Это положение на первый взгляд кажется странным, но, несмотря на некоторую критику, оно в настоящее время твердо установилось[1]. Когда, например, домицилированный француз, который никогда не имел в Англии ни домицилия, ни резиденции, получил полномочия от англичанина и, осуществляя свои полномочия, совершает завещание во Франции по английской форме и в то же время распоряжается своим собственным имуществом, то произведенное им учреждение семейного имущества будет действительным, хотя завещание в части, относящейся к распоряжению имуществом доверителя, будет недействительно. Мотивом для этой нормы является то обстоятельство, что имущество доверителя переходит к управомоченному на семейное имущество не столько в силу того, что доверенное лицо осуществляет свои полномочия, сколько в силу акта доверителя, предоставившего эти полномочия[2]. Правда, к управомоченному на семейное имущество переходит имущество доверителя, а не доверенного лица. Правда также, что это имущество не перешло бы без акта доверителя, облекающего полномочиями определенное лицо. Но оно также не перешло бы без акта доверенного лица, осуществляющего свои полномочия. Из того трюизма, что оба акта необходимы для перехода имущества к управомоченному на семейное имущество, нельзя вывести, что они оба должны определяться одним и тем же правом[3]. Действительным мотивом, повидимому, будет *favor testamenti* (решение в пользу действительности завещаний); «право придерживается широкого взгляда»,—как сказал Ромилли в решении по делу D'Huart v. Harkness[4],—когда предметом спора является правопреемство вследствие смерти.

---

[1] Tatnall v. Hankey. (1838) 2 *Moore P. C.* 342, 350. In the Goods of Alexander (1860) 29 L. J. P. and M. 93. In the Goods of Hallyburton (1866) L. R. I P. D. 90. In the Goods of Huber (1896) P. 209. Murphy v. Deichler (1909) A. C. 446.

[2] Tatnall v. Hankey (1838) 2 *Moore* P. C. 342, 350. Dr. *Cheshire* p. 529.

[3] Ср. следующее положение: *А.*, собственник движимой вещи, уполномочивает *Б.* продать эту вещь и передать право собственности покупателю; *Б.* увозит вещь из Англии в Германию и там продает ее *В.* без передачи ему владения. Переход права собственности будет определяться германским правом, хотя поручение *А.*, данное *Б.*, может быть подчинено другой правовой системе.

[4] (1865) 34 *Beav.* 324, 328.

3) Доверитель, предоставляющий полномочия, часто определяет способ, которым доверенное лицо должно осуществлять эти полномочия: он может, например, распорядиться, чтобы завещание его доверенного лица было засвидетельствовано определенным количеством свидетелей. Если доверенное лицо затем не выполняет таких условий, то учреждение семейного имущества, совершенное в силу предоставленных ему полномочий, формально будет недействительно. Исключение из этого правила можно найти в Законе о завещаниях 1837 г., ст. 10: если завещание доверенного лица совершено по форме, предписанной английским внутренним материальным правом[1], невыполнение им дополнительных форм, предписанных доверителем, не влечет за собой недействительности учрежденного семейного имущества[2].

Если документ, предоставляющий полномочия на учреждение семейного имущества, регулируется не английским правом, а, например, шотландским или американским, то завещание, посредством которого доверенное лицо осуществляет свои полномочия, будет формально действительно только в том случае (как нам кажется), если соблюдены общие нормы английского международного частного права [т. е. при условии, которое было разъяснено выше, (1)]. Нет ни одного прецедента, который подтверждал бы аналогичное применение принципа, изложенного в п. 2. Пример. Домицилированный нью-йоркский гражданин предоставляет по завещанию своей дочери полномочия на учреждение семейного имущества. Может ли дочь, состоящая во Франции в браке с домицилированным французом, осуществить свои полномочия посредством завещания, совершенного во Франции по форме, предписываемой нью-йоркским законом? Мы полагаем, что ответ должен быть утвердительный, так как широкий взгляд, высказанный Ромилли по поводу действительности завещания, в одинаковой мере может быть оправдан, независимо от того, будет ли доверитель американцем или англичанином.

575. *Толкование завещания доверенного лица*

в) Что касается т о л к о в а н и я завещания доверенного лица, то английское внутреннее материальное право предусматривает, что если доверенное лицо имеет «общие полномочия на учреждение семейного имущества» и по завещанию

---

[1] См. выше, 2.

[2] Применимо ли это исключение (ст. 10 Закона о завещаниях, 1837 г.) также и в том случае, если завещатель имеет не английский домицилий? Едва ли. См. Barretto v. Young (1900) 2 Ch. 339, 343.

делает «общее» распоряжение всем своим движимым имуществом, то презюмируется, что это распоряжение включает в себя также и осуществление его общих полномочий на учреждение семейного имущества[1]. Само собой понятно, что эта норма применяется в том случае, если доверенным лицом является домицилированный англичанин, совершающий свое завещание по английской форме. Но применяется ли эта норма также и в других случаях? Ответ на этот вопрос раньше находился под сомнением, но теперь он, повидимому, твердо установлен. Указанная норма применяется даже в том случае, если доверенное лицо не домицилировано в Англии, при условии, что оно совершает свое завещание либо (1) по форме, законной с точки зрения права его домицилия[2], либо (2) по английской форме[3]. В случае же, когда предоставлены специальные полномочия, эта норма не применяется[4].

576. *Действие завещания доверенного лица*

г) Действие завещания, посредством которого осуществляются полномочия на учреждение семейного имущества, определяется: в случае предоставления общих полномочий правом, регулирующим завещание доверенного лица, а в случае предоставления специальных полномочий—правом, регулирующим завещание (или назначение) доверителя[5].

Пример: по соглашению о браке, совершенному в Англии между британскими подданными, домицилированными в Англии, жена (доверенное лицо) получила специальные полномочия на учреждение семейного имущества в пользу ее детей. После смерти ее мужа она вступила в брак с домицилированным французом и, следовательно, приобрела французский домицилий. После этого она осуществляет свои полномочия и делает распоряжение в пользу одного из своих детей, лишив остальных наследства. По английскому праву такое распоряжение действительно, по французскому праву оно недействительно в отношении обязательной доли остальных детей. Применяется английское право.

---

[1] Wills Act. 1837, s. 27.

[2] In re Pryce (1911) 2 Ch. 286, 290. In re Simpson (1916) I Ch. 502, 510. In re Wilkinson's Settlement (1917) I Ch. 620. In re Lewal's Settlement (1918) 2 Ch. 391.

[3] См. In re Baker's Settlement Trusts (1908) W. N. 161 и *Dicey*, pp. 843, 844.

[4] Pouey v. Hordern (1900) I Ch. 492, 494.

[5] Pouey v., Hordern (1900) I Ch. 492, 494. In re Pryce (1911) 2 Ch. 286, 290.

д) Договоры о наследовании (договоры о правопреемстве)

577. Договоры о наследовании

Договором о наследовании (Erbvertrag, institution contractuelle) является договор[1] между *А.* и *Б.*, по которому *А.* назначает в качестве правопреемника (наследника) к своему имуществу *Б.* или какое-либо третье лицо *В.* и обусловливает, что отмена этого назначения будет недействительна, если она будет совершена без согласия *Б.* Английское право не знает такого института, и договоры, заключенные в соответствии с иностранным правом, чаще всего по германскому или швейцарскому праву, еще не были предметом рассмотрения в английских решениях. То обстоятельство, что в Англии допускаются безотзывные учреждения семейных имуществ и что там признаются взаимные завещания, которые могут до известной степени стать безотзывными[2], дает основание предположить, что английский суд признал бы иностранный договор, если право домицилия лица, назначающего своего правопреемника (наследника), разрешает такие договоры. Право домицилия другой стороны в договоре кажется несущественным, если только договор не будет взаимным, т. е. если он не будет договором, по которому каждая из сторон назначает другую сторону своим «наследником». Дееспособность лица, имущество которого является предметом договора, и форма договора будут, вероятно, регулироваться теми же нормами, которые разработаны в английском общем праве для односторонних завещаний. Английское право, установленное законодательными актами, в частности Закон о завещаниях 1861 г., едва ли будет применимо. Дееспособность другой стороны, вероятно, зависит от ее домицилия.

3. Приобретение имущества путем наследования

578. Различные системы приобретения имущества по наследству

I. В отношении приобретения имущества умершего лица различные системы внутреннего материального права приняли одно из следующих решений:

1) Имущество со смертью его собственника становится «бесхозяйным» до тех пор, пока лица, призванные к наследованию в качестве «наследников», не примут наследства. Эта система, разработанная в римском праве, еще сохраняет свою

---

[1] Это—«договор» в английском значении этого термина, так как он порождает обязательство.

[2] См. *Jarman*, On Wills, p. 44

силу там, где действует римское право. Но все современные кодексы отказались от нее, за исключением австрийского кодекса 1811 г.[1]

2) Имущество со смертью собственника переходит к наследнику или к наследникам, хотя бы они еще не приняли его, но они имеют право отказаться от этого имущества. Эта система действует на европейском континенте, в Латинской Америке, в магометанском праве и в Восточной Азии.

3) Имущество переходит сначала к «личному представителю» (душеприказчику или администратору) умершего; после уплаты всех долгов, по которым имущество несет ответственность, этот представитель распределяет и передает имущество или доходы от него бенефициариям (английская, шотландская и американская системы[2]).

Основное различие между английской и континентальной системами (пп. 1 и 2, см. выше) заключается в обязательном посредничестве администратора или душеприказчика (исполнителя завещания) между умершим и теми, кто в конечном итоге наследует его имущество. В континентальных системах управление имуществом и уплата долгов в принципе являются делом самих «наследников», и хотя завещатель может назначить душеприказчика—и такие назначения встречаются нередко,—но это все же не является правилом. Кроме того, душеприказчик континентальных правовых систем имеет более ограниченные функции, чем английский душеприказчик[3]; несмотря на его назначение, «наследники» остаются ответственными за долги наследственного имущества. Если завещатель не назначил душеприказчика, континентальные суды обычно не могут назначить администрацию имуществом. На континенте проводится существенное различие между наследником и легатарием[4]: наследник несет ответственность перед кредиторами умершего, между тем как легатарий такой ответственности не несет. В то же время по английской системе «наследство» представляет собой «чистый остаток имущества, который образовался после уплаты долгов и легатов, и этот остаток должен быть передан душеприказчиком (или администатором) наслед-

[1] В Австрии право собственности не переходит к наследникам до тех пор, пока суд не вынесет формального решения в этом смысле.

[2] В Южной Африке английская система заменила собой римскую и голландскую системы. См. *Lee*, Introd. to Roman-Dutch Law, p. 347.

[3] Хотя будет преуменьшением определить «роль душеприказчика только как наблюдателя»; In re Achillopoulos (1928) I Ch. 433, 444 (относительно греческого права).

[4] Это делается даже во Франции, хотя наследник, назначенный по завещанию, не называется наследником (héritier), а универсальным наследником (légataire universel) или, если он сонаследник, то наследником доли имущества (légataire à titre universel); гражданский кодекс, ст. 1002.

нику[1]; наследник, следовательно, является только легатарием в отношении чистого наследственного имущества»[2] (оставшегося после уплаты долгов.—*Прим. перев.*)

579. Применимое право

II. Правовая система, регулирующая наследование, т. е. *lex situs* в отношении недвижимости и *lex domicilii* в отношении движимого имущества, определяет, каким образом лица, призванные к наследованию, приобретают права, которые они вправе приобрести. Эта правовая система отвечает на такие вопросы: предполагает ли приобретение права принятие наследства или, наоборот, необходим ли отказ от наследства для того, чтобы исключить приобретение права? Кому должны быть адресованы заявления о принятии наследства или об отказе от него? Оспоримо ли заявление о принятии или отказе от наследства ввиду ошибки, сообщения неверных сведений, обмана или принуждения? Право, регулирующее наследование, указывает также те различные виды долгов, по которым бенефициарий несет ответственность, в частности, долги, которые никогда не были долгами самого умершего (расходы по похоронам и по завещанию, расходы по составлению описи имущества и т. п.). Это же право решает вопрос о том, несет ли бенефициарий (или наследник, или личный представитель) ответственность *ultra vires hereditatis* (вне пределов наследственного имущества), или же его ответственность ограничивается только тем имуществом, которое он приобретает.

Если, например, умерший был французским подданным, домицилированным во Франции, и оставил движимое имущество во Франции, Англии и Германии, и если его наследники—англичане, то французское внутреннее материальное право разрешает вопрос об их ответственности за долги умершего: они отвечают всем своим имуществом, если только они не приняли наследства на условиях «описи наследственного имущества».

4. Управление и наследование

580. Понятие управления (администрации)

I. В сферу действия права домицилия по вопросам наследования вторгается, однако, право, по которому имущество умершего должно управляться. Английское и американское право

[1] Т. е. тому, кого континентальные системы называют наследником.
[2] *Maasdorp*, Institutes of South African Law, I. 117, цитир. у *Lee*, Introd., 347.

проводит четкое различие между управлением и приобретением наследственного имущества.

Управление имуществом включает все фактические и юридические действия, предпринимаемые в интересах его сохранения. Оно раньше всего слагается из ряда обязанностей, как, например, инкассирования долгов, следуемых умершему, превращения имущества в деньги, уплаты долгов. С другой стороны, управление включает в себя некоторые права, в которых администратор нуждается для того, чтобы выполнить указанные выше обязанности, именно—право принять имущество в свое владение, распоряжаться им, заключать договоры, по которым создаются новые долговые обязательства, обременяющие имущество, и т. д.[1].

581. *Право, регулирующее управление имуществом (в отличие от права, регулирующего наследование)*

Управление имуществом регулируется не тем же правом, которое регулирует наследование (т. е. правом последнего домицилия умершего), но правом той страны, в которой получены «полномочия администратора»[2].

Пример: умерший был домицилирован во Франции; следовательно, наследование его движимого имущества регулируется французским правом. Английский суд выдал полномочия на установление администрации лицу *X* (см. дальше, II). Таким образом, это уполномоченное лицо становится личным представителем умершего в английском юридическом значении этого института; имущество становится приобретенным на его имя, и этим нарушается норма права домицилия, согласно которой «наследники» являются универсальными правопреемниками умершего и юридическими собственниками имущества. Наследники сведены на положение простых легатариев, имеющих право на распределение между ними доли имущества, которая останется после уплаты долгов. Право домицилия неприменимо также и в отношении уплаты долгов, составляющей одну из обязанностей администратора имущества в английском смысле.

Английское право определяет способ, которым личный представитель обязан освободить имущество от долгов; оно решает вопрос о приоритете требований и даже отвечает на вопрос

---

[1] Право отсрочить продажу части движимого имущества на определенный срок (s. 33, sub-s. (1) Administration of Estates Act, 1925) также является правом, предоставленным администратору как таковому: In re Wilks (1935) Ch. 645, 648.

[2] *Dicey*, rule 191, p. 709

о том, должен ли какой-либо определенный долг быть выплачен за счет наследственного имущества.

По делу Лориллард[1] завещатель, домицилированный в Нью-Йорке и имевший кредиторов в Англии и в Америке, оставил движимое имущество в обеих странах. Некоторые долги отпали в силу английского закона об исковой давности, но сохранили свою силу по американскому праву. Английский администратор правильно отказал в уплате этих долгов за счет имущества, находившегося в Англии; американский администратор хотел, чтобы излишек имущества был передан ему для распределения между теми американскими кредиторами, требования которых были погашены давностью по английскому закону. Но английский суд, осуществляя свое дискреционное право, вынес решение против американского администратора, и апелляционный суд оставил апелляционную жалобу без последствий: было признано, что чистые активы подлежат выплате легатариям.

Нормы права домицилия завещателя, касающиеся ограниченной и неограниченной ответственности наследников, также не применяются в Англии, если имущество там администрируется. Это, однако, не препятствует применению этих норм в иностранном государстве. Допустим, что умерший был домицилированным бельгийцем, оставившим движимое имущество в Бельгии и в Англии; наследник принял наследство без всяких оговорок (purely and simply), т. е. без условия «составления описи»[2]. В этом случае кредиторы вправе, совершенно независимо от действий английского администратора, предъявить к наследнику в Англии (при условии, что он там находится) иск о полной оплате долгов в соответствии с бельгийским правом и «независимо от какого бы то ни было вопроса об активах»[3]. Вынесенное в Англии решение может быть подвергнуто принудительному исполнению за счет всего имущества наследника и, следовательно, также и за счет тех частей имущества умершего, которые уже были распределены английским администратором или переданы наследнику. Но это решение не может быть принудительно исполнено за счет имущества, еще находящегося во владении английского администратора.

582. Юрисдикция в отношении управления имуществом и наследования

II. Следует добавить еще несколько слов о юрисдикции английского суда в отношении принятия мер к управ-

[1] (1922) 2 Ch. (C. A.) 638. См. также In re Kloebe (1884) 28 Ch. D. 175, 177.
[2] Ст. 774 гражданского кодекса.
[3] Beavon v. Lord Hastings (1856) 2 K. and J., 724.

лению имуществом, в частности, в отношении утверждения или назначения администрации[1]. Суд обладает такой юрисдикцией:

1) либо если умерший оставил недвижимое имущество в Англии, или оставил движимое имущество, которое в момент его смерти находится или впоследствии будет находиться в Англии, независимо от того, где умерший был домицилирован[2];

2) либо если умерший был домицилирован в Англии, даже если он там не оставил никакого имущества. Это основание для юрисдикции было признано Законом 1932 г. об отправлении правосудия[3].

В тех случаях, когда английский суд обладает юрисдикцией в отношении назначения администрации имуществом, он также обладает юрисдикцией для решения вопросов, связанных с наследованием и распределением движимого имущества. Если, например, умерший был домицилирован во Франции и оставил движимое имущество в Англии, то английский суд компетентен решать, к кому переходит это имущество при отсутствии завещания, как следует толковать оставленное умершим завещание, нарушает ли завещание постановления французского закона относительно «законной доли» детей и т. д.

583. *«Главная» и «вспомогательная» администрация имуществом*

Юрисдикция английского суда не является исключительной ни в отношении вопросов управления, ни в отношении наследования. С точки зрения английского права, иностранный суд обладает такой же юрисдикцией, независимо от того, находится ли имущество покойного в Англии и был ли покойный там домицилирован. Управление имуществом может иметь место не только в одной стране. В таком случае главная администрация имущества находится в той стране, в которой умерший имел свой последний домицилий или,—в случае обратной отсылки от права домицилия к национальному праву,—в той стране, подданным которой он состоял. Администрация имуществом в любой другой стране является «вспомогательной». Поэтому если главная администрация имуществом находится

---

[1] Об американском праве см. *Hopkins*, 53 Yale L. J. (1944) 221 et seq.

[2] См. *Dicey*, rule 76, p. 337. Att.-Gen. v. Hope (1834) I C. M. and R. 530. Preston v. Melville (1840) 8 Cl. and Fin. I, 12. Enohin v. Wylie (1862) 10 H. L. Cas. I, 19 (*Lord Cranworth*), 23, 24 (*Lord Chelmsford*); мнение, выраженное по этому делу лордом Вестбери, не было одобрено в решении по делу Ewing v. Orr-Ewing (1883) 9 A.C. 34,39. In Goods of Tucker (1864) 3 Sw. and Tr. 585. In Goods of Coode (1867) L. R. I P. and D. 449.

[3] (22 and 23 Geo. V, c. 55) s. 2 (1).

за границей, а в Англии ведется вспомогательная администрация, то обязанность английского администратора заключается только в управлении имуществом, находящимся в Англии, в инкассировании долгов, которые, с точки зрения английского права, имеют свое местонахождение в Англии, в уплате английских долгов, а также в уплате по всем иностранным обязательствам, о которых он получил уведомление, и, наконец, в передаче всякого остатка главному администратору[1], если только английский суд не осуществит своего дискреционного права и не решит, что выплата должна быть произведена непосредственно бенефициарпям[2].

584. *Утверждение и назначение администрации имуществом*

III. Имущество умершего, находящееся в Англии, может управляться только лицом, получившим либо английское утверждение, либо английское полномочие на управление[3]. Даже, если большая часть имущества находится в иностранном домицилии умершего и только незначительная часть находится в Англии, то необходимо обратиться за отдельным полномочием на управление английским имуществом. Суд по своему усмотрению решает, кому выдать полномочия. Как правило, полномочия будут выданы тому лицу, которое управляет имуществом, находящимся в месте домицилия, будь это душеприказчик, назначенный самим завещателем, или иностранный администратор, или же «наследник», который, согласно любой континентальной системе, сам управляет наследственным имуществом без судебного утверждения[4]. Суд может, конечно, отступать от этой нормы и часто имеет для этого достаточно оснований. Если, например, по иностранному (континентальному) праву домицилия имеется несколько сонаследников,

---

[1] In re Achillopoulos (1928) I Ch. 433, 445.

[2] См. выше, § 581 (дело Lorillard).

[3] New York Breweries Co. v. Att.—Gen. (1899) A. C. 62. Исключение из этой нормы существует в пользу свидетельств (шотландских «confirmations»), выданных в Северной Ирландии, Шотландии и во многих других частях Британского общества наций; эти свидетельства, если к ним приложена печать английского суда, имеют в Англии такую же силу и такое же действие, как и английские свидетельства. Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925 (15 and 16 Geo. V., c. 49) ss. 168, 169; Administration of Justice Act, 1928 (18 and 19 Geo. V., ч. 26) s. 10; Colonial Probates Acts 1892 and 1927 (55 Vict., c. 6; 17 and 18 Geo. V.,c.43).

[4] In the Goods of Earl (1867) L. R. I P. and D. 450. In the Goods of Hill (1870) L. R. 2 P. and D. 89. In the Estate of Humphries (1934) P. 78. In re Achillopoulos (1928) Ch. 433. In the Goods of Dhost Aly Khan (1880) 6 P. D. 6, и др.

которые за границей сами управляют наследственным имуществом, или если единственный наследник—несовершеннолетний[1], или если иностранный душеприказчик или администратор живет настолько далеко, что он не в состоянии эффективно управлять английским имуществом, — английский суд назначит отдельного администратора, проживающего в Англии.

585. *Действующие одновременно английский и иностранный администраторы*

Функции английского душеприказчика или администратора не ограничиваются управлением только имуществом, находящимся в Англии. Его возможность получить право владения имуществом, находящимся вне Англии, зависит от законодательства того места, где это имущество находится. Иностранный администратор, назначен ли он иностранным, например, американским судом, или же действует в качестве наследника, например, во Франции или Германии, не имеет права принять имущество и управлять имуществом, находящимся в Англии. Если он, тем не менее, вступает во владение имуществом в Англии без назначения английского суда, он действует незаконно, и от него можно требовать отчета как от душеприказчика de son tort[2] (т. е. как от лица, которое действует в качестве душеприказчика—исполнителя завещания без надлежащих полномочий.—*Прим. перев.*). Иностранный администратор, кроме того, не имеет права предъявлять в английском суде иски к должникам умершего или принимать деньги, уплачиваемые ему должником в Англии[3]. Решение вопроса о том, освобождается ли от своих обязательств должник, от которого иностранный администратор получил платеж, повидимому, зависит от права места нахождения долга[4]. Если, например, должник имеет свою резиденцию в Англии и производит платеж американскому администратору, которому английский суд не выдал полномочий на управление имуществом, то английское право решает, должен ли должник снова уплатить, т. е. уплатить английскому администратору.

Сложная проблема возникает, если умерший оставляет движимости в двух странах, *X* и *Y*, и некоторые из оставленных им

---

[1] In the Goods of H. R. H. the Duchess d'Orléans (1859) I Sw. and Tr. 253.

[2] См. Coote v. Whittington (1873) L. R. 16 Eq. 534. Ср. New York Breweries Co. v. Att.—Gen. (1899) A. C. 62.

[3] Whyte v. Rose (1842) 3 Q. B. (Ad. and E.) 493, 507. Vanquelin v. Bouard (1863) 15 C. B. (N. S.) 341, 370, 371.

[4] См. *Dicey*, p. 519, note (y).

предметов привезены из страны X в Y уже после его смерти. Администратор, назначенный в стране Y, несомненно, может управлять этим имуществом и принять его в свое владение. Но может ли администратор, назначенный в стране X, поддерживать в суде страны Y иск к лицу, владеющему этой движимостью (например, к администратору в стране Y), о передаче ему (истцу) этой движимости. Ответ, повидимому, будет положительный, если истец вступил во владение этим имуществом до того, как оно переменило свое местонахождение, и отрицательный, если он не владел этим имуществом до этого момента[1].

---

[1] Этот вопрос еще не получил разрешения, но см. Whyte v. Rose (1842) 3 Q. B. 493; *Westlake*, § 95 и *Dicey*, p. 516.

ОБЩАЯ БИБЛИОГРАФИЯ*

I. АНГЛИЙСКОЕ ПРАВО

Dicey (и *Keith*), Digest of the Law of England, 5th ed., 1932.
Westlake (и *Bentwich*), A Treatise on Private International Law 7th ed., 1917.
Foote (и *Bellot*), Private International Law, 5th ed., 1925.
Cheshire, Private International Law, 2nd ed., 1937.
Gwyer (и другие), в Halsbury's Laws of England (2nd ed.), VI, 191, 1932.
Phillimore R., Commentaries upon International Law, vol. IV: Private International Law, 1889.
John Foster, «La théorie anglaise du droit international privé», 65 Recueil des Cours de l'Académie (1938, III), 399.
D. J. Llewelyn Davis, «Règles générales des conflits de lois», 62, ibid. (1937, IV), 427.
T. Baty, Polarized Law, 1914.
W. H. Hibbert, Leading Cases in Conflict of Laws, 1931. *J. H. C. Morris*, Cases of Private International Law, 1940. *H. Nelson*, Selected Cases on Private International Law with a Commentary, 1889.

II. ШОТЛАНДСКОЕ ПРАВО

W. Garret, в Encyclopedia of the Laws of Scotland, VIII, 381.
Mackinnon, Leading Cases in the International Private Law of Scotland, 1934.

III. ПРАВО БРИТАНСКИХ ДОМИНИОНОВ

R. W. Lee, «Cases on the Conflict of Laws from the British Dominions» в Journal of Comparative Legislation, 1934, 104; 1936, 101; 1939, 27.

1) Канадское право

W. S. Johnson, Conflict of Laws with reference to Quebec, 3 vol., 1933—1937.
E. Lafleur, Conflict of Laws in Quebec, 1898.
E. Fabre-Surveyer, «Conception du droit international privé au Canada», 53 Recueil des Cours de l'Académie (1935, III), 83.
Falconbridge, Selection of Cases on the Conflict of Laws. 2nd ed., 1931.

---

* Нижеследующий перечень включает в себя литературу по международному частному праву, на которую делаются ссылки в тексте книги М. Вольфа.

2) Право Южно-Африканского Союза

R. E. de Beer, South African Law Journal, 27 (1910), 390, 551; 28 (1911) 36, 188, 336.
W. Pollak, The South African Law of Jurisdiction, 1937.

IV. ПРАВО СОЕДИНЕННЫХ ШТАТОВ АМЕРИКИ

J. Story, Commentaries on the Conflict of Laws, 1834; 8th ed., 1883.
R. C. Minor, Conflict of Laws, 1901.
Wharton (и *Parmele*), Treatise on the Conflict of Laws, 3rd ed., 1905.
H. F. Goodrich, Conflict of Laws, 1927.
J. H. Beale, Conflict of Laws (Restatement), 3 vol., 1935.
G. W. Stumberg, Principles of Conflict of Laws, 1937.
A. K. Kuhn, Comparative Commentaries on Private International Law, 1937.
A. Nussbaum, Principles of Private International Law, 1943.
P. Wigny, Essai sur le droit international privé, 1932.
Cases on Conflict of Laws(2nd ed. by Beale 1928), (3rd ed. by E. G. Lorenzen, 1932).

V. КОНТИНЕНТАЛЬНОЕ ПРАВО

1) Франция

E. Foelix, Traité de droit international privé, 2 vol., 4me éd. Demangeat, 1866.
Ch. Brocher, Nouveau Traité de droit international privé, 1876.
Audinet, Principes élémentaires de droit international privé, 1906.
Vareilles-Sommières, La synthèse du droit international privé, 2 vol., 1897.
Despagnet, Précis de droit international privé. 5me éd., De Boeck, 1909.
André Weiss, Traité théorique et pratique de droit international privé, 6 vol., 2me éd., 1908.
André Weiss, Manuel de droit international privé, 9me éd., 1925, 1928.
J. Valéry, Manuel de droit international privé, 1914.
A. Pillet, Traité pratique de droit international privé, 2 vol., 1923.
A. Pillet, Principes de droit international privé, 1903.
Mélanges Antoine Pillet, 2 vol., 1929.
P. Arminjon, Précis de droit international privé, 3 vol., 1me et 2me éd., 1927, 1934; 3 vol., 1931.
Niboyet, Manuel de droit international privé, 1928, 1936.
Niboyet, Traité de droit international privé, 2 vol., 1938, 1944.
E. Bartin, Principes de droit international privé, 3 vol. 1930—1935.
Lerebours-Pigeonnières, Précis de droit international privé, 3me éd., 1937.
Maury, «Régles générales des conflits de lois», 57, Recueil des Cours de L'Académie (1936, III), 329.
Surville, Cours-élémentaire de droit international privé, 7me éd. Julliot de la Morandière et Battifol 1925—1929.

2) Бельгия

Laurent, Droit civil international, 8 vol., 1880.
Rolin Principes de droit international privé belge, 3 vol., 1897.
Poullet, Manuel de droit international privé, 2me éd., 1928.

3) Германия

F. K. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, VIII, 1849.
L. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2 Bd. 2te Aufl., 1889.
L. Bar, Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts, 1892.
L. Bar, в Holtzendorff's Encycklopaedie, 7te Aufl. (Kohler) II, 225 (1915),
Otto Gierke, Deutsches Privatrecht, I (1895), 209.
Hans Lewald, Deutsches Internationales Privatrecht 1931.
G. Melchior, Die Grundlagen des deutschen Internationalen Privatrechts, 1932.
E. Zitelmann, Internationales Privatrecht, 2 Bd., 1897, 1912,
Nussbaum, Deutsches internationales Privatrecht, 1932,
E. Frankenstein, Internationales Privatrecht, 4 Bd., 1926—1935.
Franz Kahn, Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht, 2 Bd., 1928.

4) Австрия

Walker, Internationales Privatrecht, 4te Aufl., 1926.

5) Швейцария

Meili, Internationales Civil- und Handelsrecht, 2 Bd., 1902.
Ad. Schnitzer, Internationales Privatrecht, 1944.
Ad. Schnitzer, Internationales Handelsrecht, 1938.
M. Schoch, 55, Harvard Law Review (1942), 733.

6) Италия

Pasquale Fiore. Diritto internazionale privato, 4 ed., 4 vol., 1907—1915.
P. Fiore, Elementi di diritto internazionale privato, 1905.
Diena, Principî di diritto internazionale, Parte II, 2 ed., 1917.
Diena, «Conception du droit international privé en Italie». Recueil des Cours de l'Académie (1927, II), 347.
Diena, Trattato di diritto commerciale internazionale, 3 vol. 1900—1906.
Gabba, Introduzione al diritto civile internazionale, 3 vol., 1906—1911.

7) Нидерланды

Paul Voet, De statutis eorumque concursu, 1661.
Johannes Voet, Commentarius ad Pandectas, lib. I, tit. IV, 1698.
Ulricus Huber, De conflictu legum diversarum in diversis imperiis (приложение к Praelectiones juris civilis, II, lib. I, tit. 3, no. 10), 1684; см. 18 Brit. Year Book (1937), 64.
Jos. Jitta, Internationaal Privaatrecht, 1916.
J. M. C. Asser, Schets van het internationaal Privaatrecht, 1879.
Kosters. Het internationaalen burgerlijk Recht, 1917.
Mulder, Inleiding tot het Nederlandsch Internationaal Privaatrecht, 1927, 1923.

8) Греция

Streit and *Vallindas* 'Ιδιωτικὸν διεθνὲς δίκαιον.
Streit, «Conception du droit international privé en Grèce, 20 Recueil des Cours de l'Académie (1927 V), 5.

VI. ПРАВО ЛАТИНСКОЙ АМЕРИКИ

A. S. Bustamante y Sirvén, Derecho internacional privado, 3 vol, 2 ed., Habana, 1934.

VII. ПЕРИОДИЧЕСКИЕ ИЗДАНИЯ

British Year Book of International Law, 1920.
Journal of Comparative Legislation, 1897.
Transactions of the Grotius Society, 1916.
American Journal of International Law, 1907.
Journal du droit international (privé), 1874.
Revue de droit international et de législation comparée, (Visscher).
Revue de droit international privé, 1905—1933.
Revue critique de droit international, 1934, (Niboyet).
Nouvelle Revue de droit international privé, 1934 (Lapradelle и Goulé).
Annuaire de l'Institut de droit international, 1877.
Recueil des Cours de L'Académie de Droit International, 1923.
Travax du Comité français de droit international privé, 1934—1939.
Rivista di diritto internazionale, 1906.
Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht (в дальнейшем: Zeitschrift für internationales Recht), 1891.
Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Rabel), 1928; Beihefte: Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des deutschen internationalen Privatrechts.
Zeitschrift für ausländishes öffentliches Recht und Völkerrecht, 1929.

VIII. ЭНЦИКЛОПЕДИИ

Lapradelle et *Niboyet*, Répertoire de droit international, 10 vol., 1929 et seq.
Rechtsvergleiche des Handwörterbuch, vol. IV (1933) S. 320 et seq.
Burge, Commentaries on Colonial and Foreign Laws generally and in their Conflict, with each other and with English Law, 1838, new edition by Renton, Phillimore and Bewes, vol. I—IV, 2, 1907—1928.

ПЕРЕЧЕНЬ ВАЖНЕЙШИХ СОКРАЩЕНИЙ И ОБОЗНАЧЕНИЙ

Библиографические указания помещены после соответствующих разделов книги в сокращенном виде, полный список литературы прилагается на стр. 651

American J.—American Journal of International Law.
Annuaire.—Annuaire de l'Institut de droit international.
Arch.—Archiv.
Böhm's Z.—Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht.
Br. Y. B.—British Year Book of International Law.
Bruns' Z.—Zeitschrift für ausländ. öffentliches Recht u. Völkerrecht.
c. c.—Civil Code.
Grotius Soc.—Transactions of the Grotius Society.
J. Clunet.—Journal du droit international.
J. Comp. Leg.—Journal of Comparative Legislation.
RP Rspr.—Rechtsprechung auf dem Gebiete des deutschen internationalen Privatrechts (Прил. к Rabel's Z.).
Jur. W.—Juristische Wochenschrift.
L. J.—Law Journal (Cambridge, Yale, и др).
L. Q. R.—Law Quarterly Review.
L. R.—Law Review (Harvard, Columbia, Michigan, и др.), или Law Reports.
Nouv. Rev.—Nouvelle Revue de droit international privé.
Rabel's Z.—Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.
Rec —Recueil des Cours de l'Académie de Droit International.
Répert.—Répertoire de droit international privé.
Rév. crit.—Revue critique de droit international privé.

Rev. Darras—Revue de droit international privé.
Rev. Ghent—Revue de droit international et de législation comparée.
Riv.—Rivista.
Rvgl. HWB—Rechtsvergleichendes Handwörterbuch.
Trav. d. Com.—Travaux du Comité français de droit international privé.
Z.—Zeitschrift.

Цифры в квадратных скобках в тексте книги обозначают номера примечаний, помещенных в Приложении.

Примечания переводчика обозначены *.

Расшифровку важнейших сокращенных обозначений юридических источников английского общего права читатель найдет в книге Ульшир, Уголовный процесс. М. 1947. Приложение.

ПРИЛОЖЕНИЕ 1.

[1]

В примечании к § 32 (на стр. 52) автор ссылкой на «справедливость» стремится прикрыть империалистическую политику закабаления, проводимую рядом государств, в частности Англией, в полуколониальных странах.

Особое положение поселений иностранцев в Китае, так называемых «сеттльментов», экстерриториальность иностранцев — все это проявления «режима капитуляции», типичной формы полуколониальной зависимости.

Начало этому режиму в Китае было положено договором Великобритании с Китаем 1842 г. и особенно договором, заключенным в 1844 г. между США и Китаем, установившими, что граждане этих стран не подлежат юрисдикции китайских властей ни по гражданским, ни по уголовным делам. Таким образом, в сеттльментах, являющихся своего рода «государствами в государстве», иностранцы были изъяты из-под действия местного китайского права и местной юрисдикции (соответствующие примеры читатель найдет в дальнейшем изложении у самого Вольфа: в § 122 — о привилегиях европейцев, проживающих в Китае, в § 326 (б) — о заключении браков между иностранцами в сеттльментах).

Следует отметить, что, хотя в связи со второй мировой войной Великобритания и США отказались в 1943 г. от своих экстерриториальных прав в Китае, по отношению к этой стране в настоящее время со стороны империалистических государств применяются другие методы, направленные к экономическому закабалению страны, и следовательно, к полному отказу Китая от национального суверенитета (типичным примером является неравноправный договор США с Китаем от 4 ноября 1946 г.).

[2]

Такое описание современного состояния буржуазной науки международного частного права одним из ее представителей говорит само за себя. Работы буржуазных юристов эпохи

империализма сводятся в большинстве случаев к юридико-догматическому анализу отдельных законодательных норм и судебных прецедентов. Подлинно научная постановка теоретических проблем отсутствует в буржуазной науке. Этими качествами, как отмечалось в предисловии, отличается и книга Вольфа.

В примечании к § 143, посвященному английской правовой доктрине, автор объясняет, вслед за другим известным английским коллизионистом Чешайром, упадок юридического мышления «несовершенным состоянием эрудиции в настоящее время».

Ясно, что действительная причина упадка буржуазной науки, полного отсутствия в ней конструктивных, творческих идей лежит в загнивании, в бесперспективности самого капиталистического строя.

[3]

Такое «описание» советского права вообще, вопроса о советских коллизионных нормах в частности, ни в какой мере не может ни удовлетворить советского читателя, ни дать правильного представления о нашем праве.

Советское законодательство содержит целый ряд правил по вопросам международного частного права (ст. 8 Вводного закона к Гражданскому кодексу РСФСР; ст. ст. 7, 8 Гражданского процессуального кодекса РСФСР; ст. ст. 137 и 141 Кодекса законов о браке, семье и опеке; ст. 4 Кодекса торгового мореплавания; ст. ст. 42, 57 Консульского устава СССР и многие другие). Важнейшие нормы содержатся также в заключенных СССР международных торговых договорах.

В дальнейшем изложении автор в ряде мест ссылается на советское право, обнаруживая при этом незнание излагаемого материала, а иногда и стремление сознательно извратить последний.

Ответы на отдельные вопросы советского права, затронутые Вольфом, читатель найдет в нашей юридической литературе (см. Приложение 2, Советская литература по международному частному праву стр. 668).

[4]

Курс Вольфа, написанный в 1944 г., содержит многочисленные ссылки на право Румынии, Венгрии, Болгарии, Чехословакии, Польши и других стран народной демократии. Следует учитывать, что бо́льшая часть этих ссылок и примеров не соответствует современному положению вещей.

После второй мировой войны в этих странах возникли новые народно-демократические режимы и новое право (см. А. Жданов, О международном положении. «Информационное совещание представителей некоторых компартий в Польше в конце сентября 1947 года». 1948 г.).

«Народная демократия является промежуточной стадией на пути от буржуазного государства к социалистическому государству, на пути, ведущем от капитализма к социализму» (см. О. Куусинен в журнале «Новое время», 1948 г., № 39, стр. 5).

Что же касается непосредственно польского закона от 2 августа 1926 г. о межобластных коллизиях, о котором в ряде мест говорит автор, то этот закон изменен декретом от 8 октября 1945 г. (Dziennik ustaw, 1945, № 44, ст. 252).

[5]

25 ноября 1936 г. Советский Союз присоединился к трем женевским конвенциям 1930 г.:

1) о единообразном законе о переводном и простом векселе,

2) о разрешении некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях,

3) о гербовом сборе в отношении переводного и простого векселя (см. С. З. СССР, 1937, II, № 18. ст. ст. 108, 109, 110).

К конвенциям о чеках СССР не присоединился.

[6]

Вольф, посвящая вопросу об иммунитетах шесть параграфов, ни слова не говорит о судебном иммунитете торговых представительств СССР за границей.

Торгпредство является органом советского государства, в задачу которого входит регулирование и осуществление советской внешней торговли в стране пребывания торгпредства. Правовой статут торгпредства, как и всякого другого государственного органа, определяется только советским государством (см. Положение о торгпредстве, 1933 г.). Торгпредство входит, в качестве составной части, в советское дипломатическое представительство и, являясь органом государства, пользуется в полном объеме принадлежащим государству судебным иммунитетом, о котором говорит Вольф.

Иностранное государство, как это отмечает Вольф, может подлежать юрисдикции местных судов лишь при наличии на это его согласия.

Торгпредство может быть привлечено в качестве ответчика по спорам, вытекающим из торговых сделок, заключенных

или гарантированных торгпредством в данной стране, лишь при наличии определенным образом выраженного согласия правительства СССР на подчинение торгпредства местному суду по указанным спорам. Такое изъятие из иммунитета, направленное на укрепление хозяйственных отношений Советского Союза с иностранными государствами, может быть выражено в торговом договоре СССР с соответствующим государством и должно толковаться строго ограничительно.

Вне этих самоограничений судебный иммунитет торгпредства сохраняется в полной мере на основании общих начал международного права, о которых говорит и Вольф (о правовом положении торгпредства см. *В. И. Лисовский*, Торговые представительства Союза ССР за границей, М., 1947).

[7]

Корпорация, по английскому праву, может состоять из одного физического лица (единоличная корпорация—corporation sole), либо из нескольких физических лиц (corporation aggregate).

«Действует ли физическое лицо, являющееся также единоличной корпорацией, в качестве физического лица или в качестве корпорации,—это в каждом отдельном случае является вопросом факта» (*Э. Дженкс*, Свод английского гражданского права, § 18).

[8]

Никак нельзя согласиться с мнением Вольфа о том, что данное положение «сомнительно» (§ 48, стр. 72).

Принцип функционального иммунитета, о котором говорит в данном случае автор, заключается в том, что иммунитет в отношении юрисдикции признается за государством лишь при совершении им действий в качестве субъекта политического властвования. Поскольку же иностранное государство участвует в гражданском обороте (занимается коммерческой деятельностью, совершает торговые сделки, управляет имуществом и т. д.), оно якобы не пользуется иммунитетом.

«Теоретические» построения, подобные выдвигаемым Вольфом, были выдвинуты, в частности, в свое время французскими судами в борьбе против советской монополии внешней торговли. В ряде решений французские суды признавали подсудными себе иски к советскому торгпредству, хотя СССР никакого согласия на это не выражал, и стремились рассматривать торгпредство—орган государства—как обычного купца.

Точка зрения Вольфа связана с общей тенденцией буржуазных юристов умалить значение принципа государственного

суверенитета в международных отношениях (критику этой тенденции см. *А. Я. Вышинский*, Международное право и международная организация, «Советское государство и право», 1948, № 1).

[9]

Дипломатическим иммунитетом пользуются также торговый представитель СССР и его заместители.

[10]

Речь идет о Gretna Green marriages (называемых так по имени поселка в Шотландии), т. е. о браках, заключаемых по соглашению сторон, объявленному в присутствии свидетеля без каких-либо дальнейших формальностей (см. § 306, 322).

[11]

Вольф в целом ряде мест говорит о trust—доверительной собственности, специфическом институте англо-американского права.

Доверительная собственность—институт права справедливости (law of equity), причем значение его в англо-американской практике весьма велико. Он используется для оформления отношений банка и клиента по управлению имуществом последнего, заменяет континентальные юридические лица типа Stiftung, учрежденные для какой-либо определенной цели, и т.д.

Э. Дженкс определяет понятие доверительной собственности следующим образом: «Доверительная собственность представляет собой добросовестно и добровольно принятое на себя обязательство, но которое закон принуждает выполнять, если оно уже принято,—а именно добросовестно владеть и управлять собственностью в интересах другого лица или других лиц» (*Э. Дженкс*, Английское право, стр. 316—330).

[12]

Подобное лжетеоретическое рассуждение—плод крайнего формализма.

Совершенно ясно, что Гаагская конвенция 1902 г. была принята в таких условиях, когда в европейских странах одним из основных вопросов международного частного права в этой области было отношение к иностранным препятствиям к признанию действительности брака, основанным на религиозных, а не на расовых мотивах.

Таким образом, нельзя ссылаться на Гаагскую конвенцию, для того чтобы признать действие иностранных расовых ограничений в вопросе брака.

Автор менее решителен в данном вопросе, чем даже голландский суд, который отверг признание германских расовых ограничений по мотивам публичного порядка (об американской практике—см. *В. М. Корецкий,* Оговорка о публичном порядке в англо-американской судебной практике по делам, затрагивающим интересы СССР, Ученые записки Харьковского юридического института, вып. 1, 1939).

[13]

Автору явно не по вкусу решение английского суда по делу Лютера—Сегора, которым было признано право собственности советского государства на ввезенное в Англию национализированное советской властью имущество,—повидимому, потому, что этим решением было признано экстерриториальное действие советской национализации.

Очевидно, по этой же причине автор не указывает на то, что в этом решении речь шла о признании советских законов, и не приводит в своем курсе самого дела, а лишь вскользь упоминает о нем (в прим. к § 500) без всякого анализа (см. разбор решения по делу Лютера—Сегора в Приложении [22]).

Трудно также назвать уважением к иностранным правовым понятиям извращение советских законов, непризнание советского брака и т. д., проводившиеся английским судом в некоторых из его решений (см. Приложение [19], [22]).

[14]

Вопрос о кассационном обжаловании решения в случае неправильного применения иностранного права советским судом разработан в статье *М. М. Агаркова,* Применение советским судом иностранного закона («Проблемы социалистического права», 1938, № 3).

[15]

Советского читателя, конечно, не может удовлетворить даваемое автором в § 291 описание сущности картелей ни с экономической, ни с правовой, ни с какой-либо другой точки зрения.

Действительная роль монополистических объединений в эпоху империализма была вскрыта только классиками марксизма-ленинизма. (См. *Ленин,* Империализм, как высшая стадия капитализма, Сочинения, т. XIX, стр. 81—93).

[16]

«Бесстрастное» изложение расового законодательства США, даваемое автором в § 317, в весьма слабой степени отражает действительное положение вещей.

В настоящее время в 35 штатах США браки между белыми и неграми запрещены. В некоторых штатах нарушение этих запретов карается по уголовному закону. Браки белых с неграми, совершенные в других штатах, считаются в этих штатах недействительными. Суды используют в таких случаях оговорку о публичном порядке. Так, суд в штате Виргиния в деле Kinney следующим образом «обосновал» отказ в признании действительности такого брака: «Чистота общественной морали, мораль и физическое развитие обеих рас и высший успех нашей любимой южной цивилизации, в условиях которой обе расы должны работать и выполнять предначертанное им богом на этом континенте, требуют, чтобы обе расы держались отдельно и раздельно, и что связи и союзы между ними столь неестественны, что бог и природа им запретили это, и это должно быть запрещено законом без всяких изъятий» (Goodrich, Handbook on the conflict of Laws., p. 262, note 40).

Такое решение, говорящее само за себя, как, впрочем, и другая аналогичная практика американских судов, осталось без внимания автора, хотя оно имеет непосредственное отношение к рассматриваемому им вопросу.

Отметим также, что автор, уделяя много внимания праву доминионов, нигде не говорит о расовом законодательстве Южно-Африканского Союза, в котором ныне существует 65 различных законов, создающих «гетто», ограничивающих свободное передвижение индусов, запрещающих браки между индусами и белыми и т. д. О расовой дискриминации в Южно-Африканском Союзе см. речь *А. Я. Вышинского* на заседании Генеральной Ассамблеи ООН 8 декабря 1946 г. («Правда» от 11 декабря 1946 г.).

Нет необходимости доказывать, что расовое законодательство и судебная практика англо-саксонских стран по сути дела мало чем отличаются от нацистского расового законодательства. Человеконенавистническая идеология империализма находит одно из самых своих ярких выражений во всех этих «законах» и в попытках некоторых буржуазных ученых их «обосновать».

[17]

Автор считает возможным «не замечать», что в Латвийской, Литовской и Эстонской советских республиках действует с 1940 г. новое советское право, и ссылается в данном случае,

как и в ряде других, на давно утратившие силу законы бывшей буржуазной Латвии, Литвы и Эстонии. Такие ссылки производят, мягко выражаясь, странное впечатление, если вспомнить, что выше, в § 203, автор утверждает, что суд может применять только действующее в данный момент законодательство иностранного государства.

[18]

В настоящее время советское право не знает внесудебных разводов, о которых говорит Вольф. На основании Указа Президиума Верховного Совета СССР от 8 июля 1944 г. расторжение брака производится в судебном порядке (см. «Ведомости Верховного Совета СССР», 1944 г., № 37.)

[19]

Данное дело, односторонне освещенное автором, является типичным примером попытки английских судов применить к советскому закону квалификацию собственного права, что стоит в непримиримом противоречии с теорией квалификации, защищаемой Вольфом в § 144.

В деле Нахимсон речь шла о действительности развода, совершенного в январе 1929 г. консульством СССР в Париже в отношении брака двух советских граждан.

Хотя стороны вовсе не оспаривали того, что они состояли в браке, английский суд счел возможным поставить вопрос о том, являлся ли брак тяжущихся вообще браком. Подобный вопрос мог быть разрешен лишь по закону места совершения брака в отношении формы брака и по национальному закону брачущихся—в отношении так называемых «внутренних условий брака», т. е. то и другое—только по советскому праву.

Однако судья Хилл, в нарушение коллизионных принципов, признанных английским правом, в своем решении от 17 декабря 1929 г. по данному делу «квалифицировал» советский брак по английскому праву и признал, что он-де с точки зрения британского понимания этого института не является браком и поэтому в данном случае не требуется и развода.

Это решение было отменено апелляционной инстанцией 5 мая 1930 г. на том основании, что наличие тех или иных поводов к расторжению брака в советском законе не дает права заключить, что данный союз не был браком в смысле английского права.

Однако и апелляционная инстанция пыталась квалифицировать советскую форму брака с точки зрения британского закона, несмотря на то, что такая квалификация никак не могла в данном случае служить предпосылкой для разрешения колли-

зионного вопроса (см. *Л. А. Лунц,* Основные коллизионные вопросы советского семейного и наследственного права, Ученые труды Всесоюзного института юридических наук, вып. II, 1941).

[20]

Доктрина английского права о встречном удовлетворении (consideration) сводится к тому, что встречное удовлетворение является либо выгодой, предоставленной и обещанной должнику, или выражается в потере или ответственности, возникающих для кредитора в качестве эквивалента за обязательство, принятое на себя должником (см. *Э. Дженкс,* Свод английского гражданского права, § 217 и след.).

[21]

Автор отстаивает здесь квалификацию по lex fori, примененную английским судом. Такой метод квалификации часто использовался английским судом для того, чтобы не применять неугодные ему иностранные законы, к которым отсылает английская коллизионная норма (§ 500).

Прогрессивные мероприятия испанского республиканского правительства были направлены на ликвидацию монархического строя и никакого «уголовно-карательного характера», вопреки утверждению британского суда, не носили. Казалось бы, Вольф должен был исходить из своей собственной трактовки квалификации, т. е. из квалификации по lex causae (§ 144). «Предположительнее исходить из того, что каждая правовая норма получает свою квалификацию от той правовой системы, к которой она относится», —говорит автор в § 144. Но в соответствии с этим правилом следовало бы квалифицировать декрет по испанскому республиканскому праву и признать его действие за пределами Испании.

Однако революционный характер декрета не по вкусу Вольфу. Поэтому он отступает от своей собственной точки зрения, лишь бы обосновать неправомерный акт английского суда, отказавшегося выдать испанскому республиканскому правительству капиталы экс-короля Альфонса, находившиеся в Англии.

Нельзя не отметить, что действия английского «независимого» суда, защищаемые Вольфом, полностью соответствовали пресловутой политике «невмешательства» английского правительства.

Всю эту судебную практику Вольф приводит для «обоснования» борьбы буржуазных судов против признания экстерриториального действия советских декретов о национализации.

[22]

Освещение вопроса о признании советских законов о национализации, данное Вольфом, делает необходимым хотя бы вкратце остановиться здесь на решениях английских судов по делам Лютера—Сегора и Палей, о которых Вольф только упоминает (см. по этому вопросу: *И. С. Перетерский и С. Б. Крылов*, Международное частное право, стр. 96—105, 1940; *И. С. Перетерский*, Борьба СССР за равноправие двух систем собственности в международных отношениях, Ученые записки Академии общественных наук, вып. I, 1947; *В. М. Корецкий*, Очерки англо-американской доктрины и практики международного частного права, 1948).

По делу акц. о-ва А. М. Лютер против «Джемс Сегор и К°» британский суд обсуждал вопрос о правах советского правительства на национализированные товары, которые в момент национализации акц. о-ва А. М. Лютер находились на предприятии этого о-ва в г. Новгороде; товары эти (партия фанеры) были Народным комиссариатом внешней торговли проданы британской фирме «Джемс Сегор и К°» и последней вывезены в Англию, где бывший собственник предъявил виндикационный иск о выдаче фанеры, пытаясь добиться от суда признания того, что советские декреты о национализации противоречат «британским принципам права и справедливости». Но суд отверг эти домогательства. Судья Бенкс сказал относительно декрета от 20 июня 1918 г. о национализации крупных промышленных предприятий:

«Я все же не вижу, каким образом суды могли бы рассматривать этот своеобразный декрет иначе, как выражение со стороны правительства цивилизованного государства политической теории, признаваемой им наиболее соответствующей интересам этого государства. В данном случае должно быть совершенно неважным, что эти мнения не разделяются правительством Англии... и не признаются нашими законами».

Судья Скраттон высказался в еще более определенной форме: «Было бы серьезным нарушением международной вежливости (comitas), если бы в отношении актов государства, признанного в качестве независимого суверена, британский суд признал, что эти акты противоречат основным началам права и нравственности; такое утверждение при щепетильности соответствующего иностранного государства могло бы составить casus belli и во всяком случае оно могло бы исходить лишь от исполнительной власти, но не от суда, в случае если государство признано со стороны верховной власти».

Оба судьи подчеркнули, что ввиду признания Великобри-

танией Советского правительства «все действия последнего должны пользоваться полным уважением, которое оказывается актам надлежащим образом признанного иностранного суверена» (судья Бенкс), и что «невозможно признать правительство и претендовать на юрисдикцию в отношении этого государства и его собственности против его воли» (судья Скраттон).

Таким образом, в данном решении мы имеем: 1) полное и безоговорочное признание действия национализации и 2) признание судебного иммунитета в отношении национализированного в СССР имущества, причем подчеркивается, что применение оговорки о публичном порядке в отношении таких основных принципов, как советская национализация, означало бы нарушение «международной вежливости» (т. е. международного права).

В решении этом—что особенно важно—по существу выражено признание «равноправия двух систем собственности» (см. выше слова судьи Бенкса).

Аналогичным образом высказался английский суд в 1929 г. в решении по иску бывшей княгини Палей против Вейса (по этому делу истица заявила виндикацию некоторых предметов искусства, национализированных и проданных на экспорт ответчику).

В этих решениях английских судов нашли отражение рост экономической и политической мощи советского государства, рост его престижа в международных отношениях и заинтересованность буржуазных стран в торговле с СССР. Необходимо, однако, отметить, что в решении по делу Лютера—Сегора признание действия советских законов связывается с дипломатическим «признанием» советского государства, чем не преминули воспользоваться некоторые американские суды в период до установления дипломатических отношений между США и СССР (ноябрь 1933 г.).

Но и в самой Англии значение этого прецедента в дальнейшем пытались всячески ограничить. В решениях по ряду дел (в особенности по делам, касающимся имущества лондонских отделений национализированных русских банков) подчеркивалось, что национализация якобы не касается имущества, находящегося за границей и фактически не освоенного Советским правительством. Такое явно неправильное ограничение действия советских декретов о национализации «обосновывалось», однако, британскими судами не посредством оговорки о публичном порядке, а иными технико-юридическими приемами; иногда для этой цели британские суды «толковали» по-своему советские декреты, утверждая, например (вопреки явному смыслу этих декретов), что они вовсе не направлены на национализацию имущества банков вне советской территории, а якобы имели

в виду лишь имущество, находившееся в пределах этой территории.

Вовсе не упоминает Вольф о решении Верховного суда США от 1937 г. по делу United States v. M. Belmont, в котором было признано действие декретов о национализации в отношении сумм бывшего Петроградского металлургического завода, депонированных до революции в банкирском доме Бельмонт в США. О другом решении Верховного суда США от 1942 г. по делу U. S. v. Pink, в котором также признавалось экстерриториальное действие наших законов о национализации, Вольф упоминает вскользь в примечании к § 500, называя его «странным решением».

Эти два решения, вынесенные по искам американского фиска, имеют своей предпосылкой признание действия советских законов о национализации в отношении имущества русских обществ, находившегося в США в момент национализации. Решения эти встретили самое враждебное к себе отношение со стороны американских коллизионистов, выражающих интересы реакционных кругов. Даже во время второй мировой войны, в 1942 г., американский журнал по международному праву (American Journal of International Law, v. 36, p. 309) напечатал большую статью о «недопустимости» признания советской национализации по мотивам «публичного порядка» (см. критику этого «мотива» выше, в предисловии).

Другие буржуазные исследования последних лет всячески замалчивают значение этих решений как прецедентов, нарушая таким образом самые элементарные требования научной добросовестности. По этому пути пошел и Вольф.

Вольф ссылается в примечании к § 500 также и на дело о национализированном пароходе «Юпитер». В решении по этому делу палата лордов пыталась квалифицировать советский декрет о национализации как карательное мероприятие, не могущее иметь экстерриториального действия.

О том, что такой «метод» квалификации является грубым нарушением международного частного права и извращением советских декретов о национализации, см. *Л. А. Лунц*, Проблема квалификации в международном частном праве, «Советское государство и право», 1947, № 9.

[23]

Э. Дженкс устанавливает, что «deed»— это документ на пергаменте или бумаге, который подписан, скреплен печатью и вручен лицам, которых он обязывает. Печать, отличающая «deed» от простых «письменных» документов, является в настоящее время простой формальностью; она обычно представляет

собой небольшую бумажную облатку, приклеиваемую к документу клерком (см. *Э. Дженкс*, Английское право, 1947 стр. 303).

[24]

Действительно, континентальные суды в некоторых случаях отказывались признавать действие советских норм о наследовании, особенно в тех случаях, когда советское законодательство предусматривало переход к советскому государству имущества, оставшегося без наследника. Для того чтобы «обосновать» в подобных случаях неприменение советских законов о наследовании, суды ссылались на свой публичный порядок.

О том, что такого рода расширение концепции публичного порядка по существу перерастает в полное отрицание основных начал международного частного права, см. в предисловии к настоящей книге.

М. Богуславский.

ПРИЛОЖЕНИЕ 2

СОВЕТСКАЯ ЛИТЕРАТУРА ПО МЕЖДУНАРОДНОМУ ЧАСТНОМУ ПРАВУ*

Агарков М. М.—Применение советским судом иностранного закона (Проблемы социалистического права, 1938 г., № 3).

Корецкий В. М.— Оговорка о публичном порядке в англо-американской судебной практике по делам, затрагивающим интересы СССР (Ученые записки Харьковского юридического института, вып. I, 1939 г., стр. 23—189).

Корецкий В. М.—Отсылка (там же, 1940 г., вып. 2, стр. 29—55).

Корецкий В. М.—Очерки англо-американской доктрины и практики международного частного права, 1948 г.

Крылов С. Б.—Международное частное право. Пособие к лекциям, 1930 г.

Крылов С. Б.—Применение советского права за границей (Вопросы торгового права и практики, 1926 г.).

Лисовский В. И.—Торговые представительства Союза ССР за границей, 1947 г.

Лунц Л. А.—Проблема квалификации в международном частном праве («Советское государство и право», 1947 г., № 9).

Лунц Л. А.—Коллизионные вопросы наследования («Советское государство и право», 1940 г., № 8—9).

Лунц Л. А.—Основные коллизионные вопросы советского семейного и наследственного права (Ученые записки Всесоюзного института юридических наук, 1941 г., вып. 2).

Лунц Л. А.—Денежное обязательство в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран, 1947 г.

Перетерский И. С. и Крылов С. Б.—Международное частное право, 1940 г.

---

* Приведены те работы советских авторов, которые касаются вопросов, затронутых в примечаниях редактора и в приложении 1-ом.

Перетерский И. С.—Система международного частного права («Советское государство и право», 1946 г., № 8—9).
Перетерский И. С.—Борьба за равноправие двух систем собственности в международных отношениях (Ученые записки Академии общественных наук при ЦК ВКП(б), выпуск I; СССР и международное право, 1947 г.).
Перетерский И. С.—К вопросу о наложении ареста на имущество СССР за границей (Вопросы внешней торговли, 1931 г., № 3).
Перетерский И. С.—Об ответственности торгпредств перед иностранными судами (в сб. «Гражданское право современного империализма», 1932 г.).
Перетерский И. С.—Очерки судоустройства и гражданского процесса иностранных государств, 1938 г. (см. главу «О международном гражданском процессе»).
Сборник статей: «Внешнеторговый арбитраж», под редакцией Д. Ф. Рамзайцева, 1941 г.
Сборник «Избранные источники по международному частному праву XIX и XX веков» (составлен В. Н. Дурденевским, 1941 г.).

ПРЕДМЕТНЫЙ УКАЗАТЕЛЬ

Числа обозначают номера параграфов. В указатель включены также важнейшие законодательные акты и наиболее известные судебные решения.

I

К

Л

М

Н

О

П

У

Ф

Я

II

A

B

C

M

N

O

P

Q

R

S

T

U

V

W

СОДЕРЖАНИЕ

Часть II

ЮРИСДИКЦИЯ АНГЛИЙСКИХ СУДОВ

Часть IV

РАЗРЕШЕНИЕ КОЛЛИЗИЙ ЗАКОНОВ. ЗАКОНЫ О ЛИЦАХ. СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

Часть V

КОЛЛИЗИОННЫЕ ВОПРОСЫ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОГО ПРАВА

Часть VI

КОЛЛИЗИОННЫЕ ВОПРОСЫ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ

Часть VII

КОЛЛИЗИОННЫЕ ВОПРОСЫ НАСЛЕДОВАНИЯ.

Редакторы *Б. Никифоров*
и *З. Молдавская*



Технические редакторы: *В. Викторов*
и *А. Дронов*



Корректор *О. Малых*



Сдано в производство 6/V—1948 г.
Подписано в печать 27/X—1948 г.
Объем 44 п. л. Уч. изд. л. 48,4.
А-08943. Изд. № 10/153. Зак. № 382



Цена 42 р.

16-я тип. треста «Полиграфкнига»
ОГИЗа при Совете Министров СССР,
Москва, Трехпрудный, 9.

5

